Die

Nichtigkeits-Beschwerde;

nach

gemeinem und hessischem Rechte;

von

Dr. F. G. L. Strippelmann,
Obergerichtsrath.

Cassel, 1862.

Verlag und Druck von Trömner & Dietrich.

Vorwort.

Die Bestimmung der Grenzen, welche die Nullität (Nichtigkeit) von der Iniquität (Unbilligkeit, Unrechtfertigkeit) des gerichtlichen Urtheils in dem Streite über das Mein und Dein scheiden, ist von jeher eins der wichtigsten Probleme wie für die Gesetzgebung, so auch für die Wissenschaft und Rechtsanwendung gewesen. Die Art der Entwickelung der Lehre von den Nichtigkeiten, welche besonders seit Clemens V. vorbereitet, hiernächst aber durch Reichssatzungen bis zum jüngsten Reichsabschied vom J. 1654 fortgeführt wurde, hatte bekanntlich zu unsäglicher Verwirrung geführt. Durch jenes Reichsgesetz sollte zwar die letztere in Beziehung auf die Hauptprincipien der Lehre beseitigt, was Nichtigkeit im engeren Sinne sey? bestimmt werden. Der Erfolg entsprach aber der Absicht nicht. Vielmehr war sowohl durch die Art und Weise des Zustandekommens des jüngsten Reichsabschieds, als durch den in der betreffenden Stelle vorkommenden Ausdruck „substantialia processus" den alten Bedenken nur eine veränderte Grundlage gegeben. Insonderheit ging man in der ersteren Beziehung besonders in der oberstrichterlichen Rechtsprechung Hessens, nicht ohne Billigung einzelner Processualisten, davon aus, daß die einschlagenden Vorschriften des jüngsten Reichsabschieds (§§. 121 und 122) in beschlußwidriger Fassung zur Promulgation gelangt seyen; und so kam man zu der Annahme, daß auch dem Inhalte des Erkenntnisses selbst, namentlich also Gesetz- und Actenwidrigkeiten, die den Nichtigkeiten gezogenen Schranken zu öffnen seyen. Damit war aber ein Standpunct betreten, welcher demjenigen nahe stand, auf dem man bereits vor jenem Reichsgesetze sich

befand. — Zu eben demselben gelangte man aber auch in der andern Beziehung, nämlich in der Wissenschaft, indem hier das Urtheil als zu den Substantialien des Processes gehörig und folgeweise dieselbe freie Beurtheilung des Wesens der Nichtigkeit für gerechtfertigt erachtet wurde.

Dieser Lage der Sache, wie sie die dermalige der Proceßrechtslehre ist[1]), entspricht es nun aber, daß nicht eine bestimmte Zahl gewisser einzelner Proceßacte, sondern überhaupt das zu einem processualischen Verfahren wesentlich Gehörige als Gegenstand der Nichtigkeit aufzufassen und demnach in jedem gegebenen Falle zu untersuchen ist, ob eine solche als begründet sich darstelle, oder nicht. Dem gemäß wird denn der in der vorliegenden Schrift unternommene Versuch einer Prüfung der Nichtigkeitsgründe in ihrem Gegensatz zu den Iniquitäten, nach der Aufeinanderfolge der einzelnen Stadien des ordentlichen Processes, mit, wenn auch nur allgemeiner, Berücksichtigung verschiedener summarischer Proceßarten, Rechtfertigung finden. Hierbei wurde der Verfasser durch die Erwägung geleitet, daß die Darstellung der Lehre dadurch besondere Ueberzeugungskraft erhalte, daß in der Erörterung auf die in der Rechtsanwendung vornämlich nur zur Sprache kommenden materiellen Rechtsverhältnisse eingegangen und dadurch die Proceßform mit lebendigem Stoff gefüllt wird. Da vornämlich die hessische oberstrichterliche Praxis ein reichhaltiges Material zu dem Ende darbietet, so mußte sie schon aus diesem äußern, dann aber auch aus dem innern Motive um so mehr zu solchem Zwecke als vorzugsweise brauchbar sich darstellen, daß einestheils die Entscheidungen des obersten Gerichts mit der Nichtigkeits-Beschwerde nicht angegriffen werden können und anderntheils, nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, solche bei streitigen Rechtsfragen auch für andere zukünftige Streitigkeiten normativ seyn sollen (S. 186); worin besondere Gründe für die Unterstellung liegen, sowohl, daß namentlich in Beziehung auf ein Rechtsmittel von so tiefgreifender Bedeutung, wie das in Rede stehende, jene Aus-

---

1) Vergl. besonders: Wetzell, System, §. 60, S. 646 fg.; über die Literatur in dieser Lehre überhaupt: Ders. S. 623 Not. *.

sprüche nicht ohne die sorgfältigste Prüfung gegeben seyen, als auch, daß von dem besonders rücksichtlich der Bedeutung der Substantial-Qualität Anerkannten später nicht wieder werde abgegangen werden.

Die hervorgehobene praktische Aufgabe der vorliegenden Schrift ist in der vierten Abtheilung zu lösen unternommen worden. Daneben enthält die erste die Einleitung und Grundlage für die Nichtigkeitsgründe und für das Verfahren nach den gemeinrechtlichen Quellen; wohingegen die dritte der Darstellung des dermalen in Hessen geltenden Verfahrens, die zweite endlich der Würdigung der Ausschließung der Nichtigkeit durch Parteien-Willkühr, oder Anerkennung, gewidmet worden ist.

Inhalts-Uebersicht.

Erste Abtheilung.
Die Nichtigkeit und Nichtigkeits-Beschwerde.

Vierte Abtheilung.

Die Nichtigkeitsgründe, nach dem materiellen Rechte und den Arten und Abschnitten des Processes.

Kapitel XXI.

Verstoß wider rechtskräftige Urtheile.

Kapitel XXII.

Actenwidrigkeit der Urtheile.

Kapitel XXIII.

Kapitel XXIV.

Verstöße in den summarischen und den ähnlichen Proceß-Arten.

Kapitel XXV.

Verstöße in der Rechtsmittel-Instanz.

Erste Abtheilung.

Die Nichtigkeit und Nichtigkeits-Beschwerde.

Erstes Kapitel.

§. 1.

Die Nullität und Iniquität.

Von Nichtigkeiten im Processe kann in Beziehung sowohl auf Handlungen der Parteien, als des Richters die Rede seyn. Der Unterschied zwischen Nullität und Iniquität ist zwar in dieser doppelten Hinsicht von Wichtigkeit, nur von denjenigen Nichtigkeiten aber, welche auf das richterliche Officium sich beziehen, nach Maaßgabe jener Unterscheidung, in der nachfolgenden Ausführung die Rede.

Bei der zwiefachen Richtung, auf welche die Thätigkeit des Gerichtes, wie der Parteien, bei jedem Rechtsstreite sich zu beziehen hat, das Verfahren an sich und den Kern des Parteienzwists (merita causae), liegt es den Streitenden ob, die erforderlichen Handlungen nach dem Gesetz und dem Recht, insonderheit den Gebrauch des Gerichtes (stylus curiae), sonach ordnungsmäßig, vorzunehmen und die streitigen Fragen durch das geeignete Vorbringen zu erörtern, den Richter sonach in die Lage zu setzen, solche entscheiden zu können; — diesem dagegen, das Verfahren gehörig zu leiten, den Parteien das erforderliche Gehör zu verstatten, an die Nachholung des Versäumten geeigneten Falles sie zu erinnern, richtig zu urtheilen. Bei einer Unterlassung der richterlichen Obliegenheit in jener ersten

Richtung wird von einer Nichtigkeit, bei Versäumung derselben in der letzteren Beziehung dagegen von einer Iniquität geredet. In jenem Falle liegt zwar stets eine Schuld der Parteien und des Richters durch Versäumung im Vorbringen von Thatsachen resp. in Leitung des Processes vor; in diesem dagegen ist nicht stets eine Schuld Beider begründet; zuweilen nur eine solche der Parteien, wenn sie die Sache nicht genügend instruirten; zuweilen nur die des Richters, wenn er, obwohl die Sache genügend erörtert war, das Recht auf die Thatsache nicht dem entsprechend anwandte. Wird die Sache von den Parteien nicht gehörig vorbereitet, so erkennt zwar der Richter auf den Grund des Ausgeführten und des unternommenen Beweises richtig, in Wahrheit aber inique und dieß letztere tritt auch dann ein, wenn, bei gehöriger Instruirung der Sache durch die Streittheile, der Richter in der Anwendung des Rechts auf das Factum einen Verstoß macht. Da die »facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit« [1]), so beruht dasselbe nicht stets auf grobem Verschulden des Richters, da, wie ein älterer Jurist [2]) bemerkt, „non sit omnium eodem in facto cognoscendo eique jus accommodando dexteritas et felicitas, quod ex hominis est imbecillitate, nec eadem sit omnium sinceritas et integritas, quod ex hominis est corruptione". Auf jenen nur angedeuteten Unterschied zwischen Nullität und Iniquität, auf dessen nähere Darlegung später zurückgekommen werden wird [3]), beruht die Verschiedenheit der zur Wahrung der Rechte der Parteien dargebotenen Rechtsmittel [4]), von denen für die Geltendmachung der Iniquität verschiedene (Appellation, Revision, Supplication, Restitution, Syndicatsklage ꝛc.), für die der Nichtigkeit aber nur das eine der Beschwerde (Klage) über solche gegeben ist.

---

1) l. 2 D. de juris et facti ign. (22. 6).

2) H. Vultejus, de judic. lib. 4 c. 1, n. 4.

3) In dem §. 10, die Nichtigkeit wegen Verstoßes wider das Gesetz betreffend.

4) Dieselbe wird bezeichnet: es bestehe die Bedeutung der Nichtigkeit in dem »irritare, seu irritum nunciare actum, de quo quaeritur«; die der Appellation dagegen in dem »corrigere judicis imperitiam ac pronunciatum suspendendum seu extinguendum.« Vergl. Blas. Altimari tr. de nullitat. sentent. T. I (Col. 1720) Rubr. 1 qu. 1 n. 29 seq.

Zweites Kapitel.

§. 2.

Die Art und Weise der Geltendmachung der Nichtigkeit.

Nach römischem und canonischem Rechte ist die Sentenz, rücksichtlich deren, übrigens zu präsumirende [5]), rechtliche Existenz Streit entstand, nichtig (nulla, nullius momenti); allein nicht ohne Weiteres, sondern erst in Folge einer bestimmten, gleichviel, ob vertheidigungs- oder angriffsweise erfolgten [6]), durch das Vorhandenseyn einer in den Acten bereits vorliegenden Nichtigkeit nicht überflüssig gemachten, Geltendmachung. Die Folge, welche hier eintrat, war eine zwiefache Form des weiteren Verfahrens. Entweder Derjenige, wider welchen auf ein solches Erkenntniß sich bezogen wurde, verneinte dessen rechtliches Bestehen (Inficiatio) [7]), in welcher Hinsicht man von einer exceptio rei judicatae redet [8]). Dieß führte alsdann, und zwar nach dem römischen Formularprocesse, zu einer Versagung der Rechtshilfe, resp. wenn der Verklagte auf das Judicat sich stützte, zur Verwerfung der darauf sich beziehenden Einrede, und, wenn es dabei auf Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse ankam, zur wiederholten Verweisung der Sache an einen Judex, zur Prüfung der Frage: „an judicatum sit, nec ne.“ [9]); — nach späterem Rechte, als der Magistrat selbst der Richter war, aber, insofern derselbe sein Urtheil nicht zurücknahm [10]), dahin, daß nur die actio judicati oder die erneuerte alte Klage bei dem höheren

---

5) c. 16 X. de re jud. (2. 27) »propter auctoritatem judiciariam« wird unterstellt, daß in Beziehung auf das vom »suus judex« ertheilte Urtheil »omnia legitime processisse.«

6) c. 17 X. de re jud. (2. 27); c. 7. X. de renunc. (1. 9). Wetzell, System des ord. Civilproc. §. 60, S. 624 Not. 5.

7) l. 11 D. de transact. (2. 15): »— tamen si negetur judicatum esse.«

8) l. 75 in f. D. de jud. (5. 1); l. 1 C. quib. res. jud. non noc. (7. 56); c. 4 X. de proc. (1. 38).

9) l. 1 pr. D. quae sent. sine appell. resc. (49. 8).

10) l. 6 C. quom. et quando (7. 43).

Richter, an welchen die Appellation ging, anzubringen war [11]). Man sagte von solchen Sentenzen, daß sie sine appellatione rescinduntur, ohne daß darum die Appellation schlechthin ausgeschlossen gewesen wäre [12]). — Oder er bediente sich des aggressiven Mittels der Berufung auf die Nichtigkeit des Judicats, der revocatio sententiae in duplum. Wer darauf sich gründete, behauptete also, das Urtheil sey nichtig gefällt worden; es bedürfe folglich keiner Appellation [13]), sondern nur einer richterlichen Entscheidung darüber, ob und wiefern diese Behauptung gegründet sey. Unterlag er in dem über die Existenz oder Nichtexistenz eines Urtheils erhobenen Streite [14]), so zog er sich die Strafe des muthwilligen Ableugnens (poena inficiationis) zu und wurde in duplum verurtheilt [15]).

Im römischen Rechte wird aber auch einer Querel wegen Nichtigkeit gedacht und zwar in der Vorschrift, daß von derjenigen Partei, in deren Abwesenheit und ohne deren Wissenschaft ein Judicat eröffnet worden, alsbald, nachdem sie hiervon Kenntniß erlangt, sofort queruliren („querelam deferre") soll [16]). Bei

11) l. 4 C. quomodo (7. 45); l. 6 C. quando prov. (7. 64); l. 1 pr. §. 1 D. quae sent. (49. 8); l. 75 D. de jud. (5. 1). Zimmern, röm. Civilpr. §. 167 (S. 495 fg.); B. Hollweg, Handb. d. Civilpr. B. 1 §. 35 (S. 373), insonderheit über die Frage, in welchen Beziehungen jene Negative zur Sprache kam; Rudorff, röm. Rechtsgesch. B. II §. 86 (S. 286).

12) l. 19 D. de appell. (49. 1); c. 32. 38 X. de offic. jud. del. (1. 29); c. 19 X. de jud. (2. 1). Im Näheren: Wetzell a. a. O. S. 625 Not. 9.

13) »provocare non esse necesse, sententiam sine appellatione rescindi.«

14) l. 1 pr. D. cit.; l. 1 C. quando prov. non est necess. (7. 64).

15) Paul. in rec. sent. l. 1 tit. 19 §. 1: »quaedam actiones, si a reo inficiantur, duplantur, velut judicati etc.;« l. 5 tit. 5 §. 8 a: »Res olim judicata post longum silentium in judicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari;« l. 10 tit. 1: »— eum, qui per contumaciam absens condemnatur, nec — aut in duplum revocare posse;« l. 75 D. de jud. (5. 1). — Cicero pro Flacco, 21. — Codex Gregor. lib. 10 tit. quib. res jud. non noc. §. 1: »Praeses provinciae non ignorat, eum, qui per contumaciam condemnatur, nec appellationis auxilio, aut in duplum revocare posse.« Cf. l. 16 D. jud. solv. (46. 7); §§. 23, 26, 27. J. de act. (4. 6); Cujac. in Paul. rec. sent. l. 1. t. 27. Ueber die näheren Voraussetzungen einer solchen Berufung: Rudorff, a. a. O.; Zimmern, a. a. O. §. 168; B. Hollweg, Versuche, S. 263 Not. 15; Wetzell, a. a. O. S. 626 fg.

16) l. 3 C. quom. et quando (7. 43).

der Bedeutung dieser Ausdrucksform, als der Behauptung eines begangenen Unrechts vor Gericht [17]) und bei dem Gegensatz, in welchem querela mit appellatio in den Quellen gebraucht wird [18]), ist dieselbe auf selbstständige Anträge der Untersuchung der Nichtigkeit zu beziehen [19]), welche auch in späterer Zeit vorkamen [20]). Insonderheit im canonischen Rechte, welches überhaupt in seinen einzelnen Entscheidungen meist [21]) vom römischen Rechte ausgeht, oder dasselbe wiederholt [22]), ist ausdrücklich von einem „agere de nullitate" [23]) bei Gelegenheit der Bestimmung die Rede, daß, wenn bereits drei übereinstimmende Urtheile ergangen sind, die Execution vorausgegangen seyn muß, ehe die Nichtigkeitsklage zugelassen wird [24]). Bei den, wie erwähnt, im römischen Rechte bereits sich findenden Anhaltspunkten für dieses Rechtsmittel, bedarf es daher der Erklärung dieser Vorschrift nicht, welche man darin gefunden hat, daß, da die bei den

---

17) Gneist, d. formell. Verträge, S. 76, 84. Wetzell, a. a. O. S. 628.

18) l. 12 C. Th. de app. (11. 30): »Si nominatus magistratus aliquis refragetur, non appellatio, sed querimonia hoc dicitur —. Similiter et si ad exactionem annonariam nominatus de injustitia queratur, non appellatio, sed querela hoc esse videbitur.« — Daneben kommen aber beide Bezeichnungen als gleichbedeutend vor, l. 10 pr. D. qui satisd. cog. (2. 8), l. 2 D. a quib. app. (49. 2.)

19) Wetzell, a. a. O. S. 629 Not. 27, 28 und die das. cit. Schriftsteller.

20) Vergl. die bei Wetzell, a. a. O. S. 630 Not. 31 alleg.: l. 4. 5 C. quom. et qu. (7. 43); l. 1 C. de sent. et peric. (7. 44); l. 1 C. de sent. (7. 45); l. 3 C. si a non comp. jud. (7. 48); l. 4 C. de accus. (9. 2).

21) Indeß ist doch der Satz, daß wenn eine Rechtssache durch Provocation an den oberen Richter gelange, dieser selbst von Amtswegen über die von ihm erkannte Nichtigkeit urtheilen könne, als Ausnahme bemerkenswerth; er findet sich in dem in c. 18 X. de sent. et re jud. (2. 27) gegebenen Beispiele; vergl. v. Bardeleben, de sent. nullit. (Berol. 1836) §. 23 (p. 61).

22) So weisen c. 7, 8 C. 2 qu. 1 auf tit. C. 7. 44; — c. 29 C. 2 qu. 6 auf l. 1 §. 5 D. quando appell. (49. 4); — c. 4 C. 2 qu. 6 auf tit. C. quando prov. (7. 64) hin ꝛc.

23) genauer bestimmt als Imploration des richterlichen Officiums in c. 2 X. de off. jud. Nro. 2 in f.; Wetzell, a. a. O. S. 630 Not. 34.

24) cl. 1 de sent. et re jud. (2. 11): »Ut calumniis litigantium occurratur, is, qui in beneficiali vel alia quavis causa tres contra se sententias reportavit, ad agendum de nullitate ipsarum, vel alicujus ex eis nullatenus admittatur, donec hujusmodi sententiae plenarie fuerint executioni mandatae.«

geistlichen Gerichten anfänglich verhandelten Fragen vornämlich auf die Criminal-Justiz, oder auf die Administration sich bezogen hätten, bei diesen der Einwand oder die Replik der Richtigkeit ungenügend gewesen, in Fällen der ersteren Art aber bei den Römern eine Beschwerde an den praefectus praetorio zugelassen sey [25]), es nahe gelegen habe, im canon. Recht das Recht, was dort zustand, in der Form der Beschwerde auf den Civilproceß zu übertragen.

Dieß vorausgeschickt, fragt es sich nunmehr, in welchen Fällen nach röm. und canon. Rechte, so wie nach der Deutung welche diesen Rechtsquellen in späterer Zeit gegeben worden ist, von einer Nichtigkeit, also von der Voraussetzung des oben bezeichneten Rechtsmittels die Rede war.

Drittes Kapitel.

Die Nichtigkeitsgründe.

§. 3.

I. In Beziehung auf die Person des Richters.

Die Bedingungen, unter welchen nach römischem und canonischem Rechte von einer Nichtigkeit die Rede ist, die Nichtigkeitsgründe also, sind die folgenden. Sie beziehen sich besonders auf die Person des Richters, und zwar zunächst

1. auf den Mangel der Voraussetzungen des Gehörs- und Sprachsinnes, Reife und Integrität der Verstandes- und Urtheils-Kraft [26]), sowie der bürgerlichen Ehrenhaftigkeit [27]);

---

25) l. 6 C. de accus. (9. 2): »— cum absentem te et ignorantem, cui nunquam ullum crimen denunciatum esset, per injuriam a praeside provinciae in metallum damnatum esse dicas: — praefectum praetorio adire cura, qui quidquid novo more et contra constitutionem gestum deprehenderit, pro sua justitia reformabit.«

26) l. 39, 46 D. de jud. (5. 1); l. 2 D. de R. J. Das in lichten Zwischenräumen ertheilte Erkenntniß eines Wahnsinnigen war indeß nicht ungiltig, l. 39, 46 D. de jud. (5. 1). Ueber das nothwendige Alter des Richters, insbesondere die Bedeutung des 20. und 25. Lebensjahrs: l. 41 D. de recept. (4. 8); l. 8, 18 §. 14 D. de muner. (50. 4); l. 57 D. de re jud. (42. 1); in Hessen das von 24, in der höchsten Instanz das von 25 Jahren, Verf. Urk. vom 5. Jan. 1831 §. 122, v. 13. Apr. 1852 §. 94.

27) daher infames nicht Richter seyn können, c. 13 X. de rescr. (1. 3).

2. auf den des männlichen Geschlechts und der bürgerlichen Freiheit [28]); — sowie nach geistlichem Recht, auf den der Katholicität und bestehender Excommunication [29]);

3. auf den in der Collision des Richterberufs mit dem damit unvereinbaren Berufe eines Advocaten [30]) gelegenen;

4. auf die Unfähigkeit zur Bekleidung des Richteramts. Eine solche beruht: a. entweder auf dem Mangel der intellectuellen Voraussetzungen [31]); b. oder auf dem des Willens. Die Freiheit des letzteren ist gefährdet, oder aufgehoben durch Furcht, Zwang [32]) und ihre Abwesenheit durch die erfolgte Bestechung, welche auch ohne Geltendmachung einer Provocation die Ungiltigkeit (infirmitas) des Erkenntnisses nach sich zieht, eben sowohl außer Zweifel gesetzt [33]), wie in dem Falle, wenn der Richter in eigener Sache [34]) erkennt. Selbst die erfolgte Recusation des Richters

---

28) Ueber die Modification in der letzteren Hinsicht vergl.: l. 3 D. de offic. praet. (1. 14); — l. 12 §. 1 D. de judic. (5. 1); l. 6 C. de judic. (3. 1); c. 1 C. 2 qu. 7; c. 1 C. 3 qu. 7; c. 10 X. de V. S. (5. 40).

29) c. 3, 4, 37, 47 C. 24, 1; — c. 24 X de sent. (2. 27); c. 13 §. 5 X. de haeret. (5. 7); — c. 37 C. 24 qu. 1; c. 24 X. de sent. (2. 27).

30) Dieser Widerstreit ersetzt ausdrückliche gesetzliche Verbote. Vergl. Linde Handb. d. Civilpr. B. V §. 228 (S. 408) Not. 5.

31) Ueber den Verpflichtungseid vergl.: l. 14 C. de judic. (3. 1); Nov. 82. Die Bestellung des Richters zu seinem Amte begründet die Annahme der gedachten Voraussetzungen.

32) c. 89 pr. C. 11 qu. 3: »Injustum judicium et definitio injusta, regio metu aut jussu, aut cujuscunque episcopi, aut potentis a judicibus ordinata, vel acta non valet.«

33) l. 7 C. quando prov. (7. 64); l. 1 C. de poen. jud. (7. 49); c. 41 §. 9 C. 2 qu. 6; c. 10 X. de vit. cl. (3. 1); c. 1 de sent. in Extrav. com. (5. 10).

34) l. 1 §. 11 D. quando app. (49. 1): »— palam est, eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet;« das allgemeine Verbot enthält: l. un. C. ne quis in sua c. (3. 5); die Beziehung desselben nicht blos auf den Richter, sondern auch auf dessen Frau, Kinder, liberti »et ceteros quos secum habet«: l. 10 C. si a non comp. jud. (7. 48). Wird auch ein solches Urtheil nur unter den Gesichtspunkt der Iniquität gestellt, l. 17 D. de jud. (§. 1), — so ist doch in Hessen wenigstens außer Zweifel, daß der der Richtigkeit hier entscheidet, Decis. Cass. T. II dec. 296 n. 3 seq. »Judex qui de commodo et damno

hat sonst geeigneten Falles die Folge der Nichtigkeit des danach gleichwohl ertheilten Erkenntnisses [35]. Die Würdigung der Recusationsgründe fällt indeß dem richterlichen Ermessen anheim und erscheint daher in soweit die N.-Beschwerde ausgeschlossen. [36] Die nachfolgende Unfähigkeit des Richters ist ohne Einfluß [37].

5. Die Giltigkeit der Sentenz resp. des Verfahrens ist sodann durch die absolute resp. relative Zuständigkeit des Richters bedingt. Hier ist Folgendes zu bemerken:

a. der Richter muß als solcher unzweifelhaft [38]) bestellt seyn, das Richteramt also bekleiden [39]) und zwar

b. gerade in der vorliegenden Sache und in Beziehung

---

participat, inhabilis est;« diesem Satz wurde die Folge der Rescission des Schlusses der Acten und der Einleitung weiterer Verhandlungen gegeben.

35) l. 12, 16, 18 C. de jud. (3. 1); Nov. 53 c. 3; c. 39 X. de officio jud. del. (1. 29): »Suspicionis causa contra judicem adsignata non ipse (qui forsan provocatus obesset) sed arbitri potius coram quibus probatio est facienda et ad quos omnia, quae ad hunc articulum faciunt, pertinere noscuntur, possunt ad hoc terminum adsignare.« Ueber den Fall, wo von mehreren Richtern einer recusirt wird: c. 23 X. de offic. jud. del. (1. 29). Vergl. über die Voraussetzungen der Recusation in Hessen: des Verf.'s. N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 332—345. Vertraute Freundschaft macht indeß den Richter nicht völlig unfähig zur Ausübung seiner richterlichen Functionen; zwar begründet solche die Ablehnung, keineswegs aber die Nichtigkeit des Verfahrens, Pickardt g. P. [1216] 28/11 1847.

36) Für Hessen rechtfertigt sich diese Annahme durch die Verordn. v. 24. Febr. 1801, wonach Niemand zum Perhorrescenzeid zugelassen werden soll, der nicht zuvor die Ursachen und zwar des Verdachts gegen seinen ordentlichen Richter namentlich angegeben und das Obergericht solche für hinreichend erkannt hätte. Mit Rücksicht hierauf wies daher auch das O. A. Gericht eine N.-Beschwerde in dem im Text angedeuteten Sinne zurück, Hohmann g. Gem. Hilgershausen [3940] 1833.

37) l. 2 C. de sent. (7. 45). Das Urtheil, das im Zustand der Freiheit des Richters ertheilt worden, wird rechtskräftig ungeachtet jener die Freiheit verliert.

38) Das Erkenntniß ist nichtig, wenn die literae delegationis falsae sunt, l. 2 X. de crim. fals. (5. 20).

39) l. 81 D. de jud. (5. 1); l. 3 C. de jurisd. omn. jud. (3. 13); l. 10 C. de sent. et interl. (7. 45).

auf die Streittheile der zuständige Richter seyn[40]); weshalb z. B. das Erkenntniß, welches wider einen außerhalb des Territoriums des Richters sich Aufhaltenden[41]), eben so wie das über den Kleriker[42]), den Parochianus[43]), vom non suus judex ertheilte Erkenntniß für nichtig erklärt wird. Ueberhaupt tritt dieser Erfolg bei Ueberschreitung der Jurisdictions-Grenzen ein[44]), wobei jedoch die Statthaftigkeit einer Prorogation nicht ausgeschlossen ist[45]). Diese Zuständigkeit bezieht sich: *α.* auf die Person des Richters[46]), z. B. den procurator Caesaris[47]), den delegirenden Richter[48]), den Magistrat, welcher einen judex bestellte[49]), die Richter, welche über Bischöfe Recht sprechen sollten[50]); *β.* auf den Gegenstand des Streites. Nur für bestimmte Sachen zuständige Richter dürfen, ohne eine Nichtigkeit herbeizuführen, die damit bezeichneten Schranken nicht

---

40) l. 3 D. de off. praef. urb. (1. 12); l. 4 C. si a non comp. jud. (7. 48): »— et in privatorum causis hujusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringet;« l. 1 §. 2 D. quod quisque jur. (2. 2). Das canon. Recht weist auf das römische zurück: c. 7 §. 8 C. 2 qu. 1; c. 1 §. 1 C. 3 qu. 8; c. 3 X. de consuet. (1. 5) verb.: »cum sententia a non suo judice lata nullam obtineat firmitatem —.«

41) cl. 2 de sent. (2. 11).

42) c. 49 C. 11 qu. 1.

43) c. 1 C. 9 qu. 2.

44) c. 21 pr. X. de offic. deleg. (1. 29): »Mandati si quidem excedere fines probaretur, si quis citra formam rescripti accepti praesumeret judicare;« c. ult. §. item C. 2 qu. 6: »Item cum certa ratione et fine judices mulctare possunt, si aliter contra statutum legis modum mulctam irrogaverit, quod contra jus gestum videtur, firmitatem non tenet et sine appellatione potest rescindi.«

45) c. 14 X. de sent. (2. 27).

46) c. 18 X. de for. comp. (2. 2).

47) l. 23 §. 1 D. de appell. (49. 1); l. 1 C. de pedan. jud. (3. 3).

48) Nur soweit seine Jurisdiction reicht, ist er zu einem solchen Act befugt, l. un. C. de pedan. jud. (3. 3).

49) l. 2 C. de ped. jud. (3. 3).

50) Die Verurtheilung derselben in Criminal-Sachen soll nicht ohne Special-Mandat des Papstes zur Entscheidung erfolgen dürfen, widrigenfalls die letztere nichtig ist, c. 7 C. 3 qu. 7; c. 9 C. 3 qu. 6. Auf die Zahl der Richter bezieht sich: c. 4 C. 15 qu. 7.

überschreiten [51]); was sich indeß nicht auf das Erkenntniß über Accessionen bezieht [52]); wie denn auch der Judex, welcher bis zu einer bestimmten Summe erkennen soll, auch über ein Mehr soll entscheiden dürfen, wenn die Streittheile damit einverstanden sind [53]). So darf der Arbiter resp. der judex pedaneus nicht über das Object des Compromisses hinaus [54]), nicht de liberali causa [55]), nicht de c. criminali et matrimoniali [56]), der Delegat nicht über andere Sachen, als wofür er delegirt worden [57]), der Laie nicht in geistlichen Sachen [58]), der executor rerum judicatarum [59]) nicht über die so gesteckten Grenzen hinaus [60]) er=

---

51) l. 1 C. si a non comp. jud. (7. 48): »Judex ad certam rem datus, si de aliis pronunciavit, quam quod ad eam rem pertinet nihil egit.« Davon wird Anwendung gemacht in l. 2 C. eod. auf den judex militaris, wenn es sich um actiones civiles handelt, für die er nicht bestellt ist; dagegen aber wird der judex de proprietate datus auch als für die Entscheidung de possessione zuständig erachtet: l. 3 C. eod.; — c. 22 §. dictum X. de rescr. (1. 3); c. 32 X. de offic. deleg. (1. 29).

52) c. 21 §. 6 (ult.) in f. X. de off. deleg. (1. 29): »Quodsi excommunicatores malitiose distulerint, tunc delegati eandem jurisdictionem, quam in principali et accessorio exercent.«

53) l. 74 §. 1 D. de jud. (5. 1): »Judex, qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat.« Mit Beziehung hierauf bemerkt denn zwar Durantis spec. lib. II p. 2 §. 8 n. VIII: »Item (sententia) est nulla ratione quantitatis, ut si datus ad cognoscendum de 10 pronunciavit de 20,« fügt aber hinzu: »videtur tamen, quod tota sententia non vitiabitur, sed in quantum judex excesserit;« aber mit Unrecht, da der Grund in der Uebereinkunft der Parteien besteht und daher jene Folge sich nicht rechtfertigt.

54) l. 32 §. 15 D. de rec. (4. 8).

55) l. 32 §. 7 D. eod.; c. 9 X. de in integr. rest. (1. 41).

56) c. 9 in f. X. de in int. rest. (1. 41).

57) c. 32 X. de off. et pot. jud. deleg. (1. 29).

58) Auth. »Statuimus« p. l. 33 C. de episc. et cler.; c. 8 X. de arbitr. (1. 43): »ne super rebus spiritualibus;« c. 2 X. de jud. (2. 1) »ecclesiastica negotia;« c. 3 X de jud. (2. 1) »jus patronatus;« c. 8 X. eod., woselbst de omni crimine clericorum die Rede ist.

59) dessen Amt nur darin besteht: »ut exigat, capiat, distrahat, addicat, non etiam ut judices, aut judicatum retractet vel interpretetur.«

60) l. 6 C. de exec. rei jud. (7. 53): »aliquid pronunciandum putavit.«

kennen; überhaupt soll die judicis potestas über Weiteres, als das, was in judicium deductum est, sich nicht erstrecken [61]). — Eine Prorogation der Gerichtszuständigkeit findet, wenn der Richter nur in Beziehung auf bestimmte Sachen competent ist, gar nicht resp. nur in beschränkter Weise statt [62]). γ. In Ansehung der Gerichtsuntergebenen hatte der praeses provinciae nicht blos über homines suae provinciae, sondern auch über extraneos das Imperium; wovon im Uebrigen das Gegentheil gilt [63]).

c. Die Zuständigkeit ist beschränkt durch die gesetzten zeitlichen Schranken [64]), so daß also z. B. dann, wenn die Delegation zurückgezogen ist, das spätere Erkenntniß des Delegaten nicht gilt [65]).

6. In Beziehung auf eine Mehrheit von Richtern ist zu bemerken, daß, da alle Mitglieder an der Entscheidung der Sache Theil nehmen und bei der Beschlußfassung gegenwärtig seyn müssen und unter dieser Voraussetzung die Majorität entscheiden soll [66]) — mag auch für den einen oder andern ein

---

61) l. 18 D. com. divid. (10. 3).

62) l. 1, 2, 8 D. de jud. (5. 1); l. 4, 15 D. de jurisd. (2. 1); c. 14 X. de sent. (2. 27); c. 2, 3, 4 X. de jud. (2. 1); c. 18 X. de for. comp. (2. 2). Linde, Handb. d. Civilpr. Th. V §. 244.

63) l. 3 C. de off. praes. (1. 18); ein Satz, der außerdem nicht galt, l. 20 D. de jurisd. (2. 1): »Extra territorium jus dicenti non impune paretur. Idem est et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere;« cl. 2 de sent. et re jud., wonach das Urtheil gegen einen außer dem Territorium Geladenen nichtig ist.

64) So ist das Erkenntniß des auf eine gewisse Zeit delegirten Richters nichtig, wenn es in einer späteren Zeit ertheilt wurde, l. 6 C. quand prov. non (7. 64); das des Richters, wenn er, nachdem wider sein Urtheil appellirt ist, erkennt; l. 3 C. de appell. (7. 62); c. 5 X. de appell. (2. 28).

65) c. 56 X. de appell. (2. 28).

66) l. 37 D. de re jud. (42. 1): »Tunc autem universi judices intelliguntur judicare, cum omnes adsunt;« l. 39 D. eod.: »Duo ex 3 judicibus uno absente judicare non possunt: quippe omnes judicare jussi sunt; sed si adsit et contra sentiat, statur duorum sententia: quid enim minus verum est, omnes judicasse?« l. 18 D. de rec. (4. 8): »Sicut tribus judicibus datis, quod 2 ex consensu absente tertio judicaverunt nihil valet: quia id demum quod major pars omnium judicavit, ratum est, cum et omnes judicasse palam est;« l. 17 §. 7 D. eod.: »Si in 3

„non liquet“ bestehen [67])— das Erkenntniß insonderheit auch dann nichtig ist, wenn nur eins derselben solches gesprochen hat [68]). Für den Fall, daß das Gericht durch Mitglieder in gleicher Zahl besetzt ist, von einer Mehrheit der Stimmen also die Rede nicht seyn kann, entscheidet, bei nicht übereinstimmend lautenden („dissonae“) Ansichten, im Fall einer Delegation, der delegirende Richter (judex „competens“) [69]); im Uebrigen: der favor causae, oder rei, die geringere Judicatsumme [70]). Wo eine Ordnung rücksichtlich der Abstimmung festgesetzt und wider solche verstoßen ist, wird man eine Nichtigkeit anzunehmen be-

---

fuerit compromissum, sufficere (quidem) duorum consensum si praesens fuerit et tertius: alioquin absente eo, licet 2 consentiant, arbitrium non valere: quia in plures fuit compromissum et potuit praesentia ejus trahere in ejus sententiam;« l. 4 C. quando prov. (7. 64); dist. 61, si episcopus, dist. 65 c. 2.

67) Das Verfahren für judices, arbitri etc. war hier das: »— si forte (arbiter) urgeatur a praetore ad sententiam, aequissimum erit, si juret sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronunciandum dari;« l. 13 §. 4 D. de recept. (4. 8): »si uni ex pluribus judicibus de liberali causa cognoscenti, de re non liqueat, caeteri autem consentiant, si is juraverit, sibi non liquere, eo quiescente, caeteros, qui consentiant, sententiam proferre: quia etsi dissentiret, plurium sententia obtineret;« cf. Gell. noct. Att. lib. 14 c. 2. — Dem ähnlich wurde im deutschen Gerichtsverfahren der Schöffe, wenn er „nit wis, nit witzig werden konnte,“ das Urtheil zu finden, keineswegs gezwungen, ja nicht einmal zur Berathung genöthigt, vielmehr eine Frist ihm gegeben, um sich zu besinnen, oder nöthigenfalls bei einem Oberhof Raths sich zu erholen, vergl. Maurer, Gesch. des öffentl. Gerichtsverf. (Heidelb. 1824) §. 160 (S. 234).

68) l. 18 D. de rec. (4. 8); l. 4 C. quando prov. (7. 64); c. 6 C. 3 qu. 6; c. 41 §. 7 C. 2 qu. 6; c. 16, 42, 43 X. de off. jud. del. (1. 29).

69) l. 28 D. de re jud. (42. 1): »Duo judices dati diversas sententias dederunt. Modestinus respondit, utramque sententiam in pendenti esse, donec competens judex unam earum confirmaverit.«

70) l. 38 D. de re jud. (42. 1): »Inter pares numero judices, si dissonae sententiae proferantur, in (de) liberalibus quidem causis (secundum quod a D. Pio constitutum est) pro libertate statutum obtinet; in aliis autem causis pro reo: quod et in judiciis publicis obtinere oportet. §. 1. Si diversis summis condemnent judices, minimam spectandam esse, Julianus scribit.«

rechtigt seyn, da sie ein wesentliches Merkmal des Zustandekommens des Erkenntnisses ist [71]).

§. 4.

II. In Beziehung auf die Person der Parteien.

Rücksichtlich derjenigen Nichtigkeiten, die aus der Person der Parteien herzuleiten, sind zu unterscheiden:

I. Diejenigen, auf welche beide Theile sich berufen können. Dahin sind zu rechnen: 1. der Fall, wenn die Streitsache nicht unter den richtigen Parteien verhandelt und entschieden wurde [72]); 2. oder wenn die letzteren vor Gericht Rechte nicht geltend machen können, wie Sclaven [73]); 3. oder die Partei zur Zeit der Urtheilsfällung bereits verstorben war [74]).

---

71) Vergl.: Gesterding, Nachforsch. Th. III S. 128, der auch gemeinrechtlich schon solche annimmt; Linde, Handb. Th. V S. 409 Not. 1.

72) l. 3 D. de collus. deteg. (40. 16); wenn Jemand non justo contradictore für frei erklärt ist, so soll das decretum inefficax seyn, »atque si nulla res judicata intervenisset«; l. 47 pr. D. de re jud. (42. 1); danach soll über jedes Geschäft in Gegenwart Aller, »quos causa contingit« geurtheilt werden, außerdem sind nur die Anwesenden durch das Urtheil gebunden; c. 40 X. de off. deleg. (1. 29), die delegirte Jurisdiction kann auf andere als die im Rescript bezeichneten Personen nicht bezogen werden und erscheint selbst die Prorogation ausgeschlossen; vergl. jedoch c. 1 X. de off. deleg. (1. 29). — Von dem Falle, wenn die Sentenz nicht auf alle Betheiligten bezogen worden und deshalb nichtig ist, wird später die Rede seyn.

73) l. 107 de R. J.; l. 6 C. de jud. (3. 1); über die Beschränkung dieses Satzes in einzelnen Fällen: l. 53 D. de jud. (5. 1); l. 24 §. 3 D. de lib. c. (40. 12).

74) Sie wird inefficaciter verurtheilt, wenn solches der Fall ist und damit auch die judicis datio unwirksam, l. 2 D. quae sent. sine app. (49. 8): »De eo, qui vel tempore sententiae dictae vel judicis dati in rebus humanis non est;« l. 74 §. 2 D. de jud. (42. 1); danach ist das Urtheil gegen den Defensor des Abwesenden, welcher nach erfolgtem Ableben desselben »judicium accepit«, nichtig; l. 59 §. 3 D. de re jud. (42. 1): »Si quis ex edicto peremptorio post mortem sit condemnatus, non valet sententia; quia morte rei peremptorium solvitur —.« — Es entsteht hier die Frage: ob, wenn gleichwohl der Defensor des Verklagten, in Folge der Verurtheilung, dem Urtheil genügt, der Erbe dadurch verpflichtet werde?" Sie wird insofern ver-

II. Zu den Fällen, in welchen nur von einem der Streittheile die Nichtigkeit geltend zu machen steht, gehören alle die Verhältnisse, in denen wegen wirklicher oder zu unterstellender, auf die Verstandes- oder Willenskraft sich beziehender, gänzlicher oder theilweiser, Untüchtigkeit zur gerichtlichen Verfolgung von Ansprüchen, oder zur Vertheidigung wider solche, oder wegen Abwesenheit, oder ungenügender Vertretung, Mängel erscheinen. Daher ist ein Erkenntniß nichtig, wenn es ertheilt ist gegen

1. Minderjährige, Wahnsinnige, Gemeinden, erklärte Verschwender, welche ohne Vormund resp. Vertreter sind, oder ohne solche vor Gericht gehandelt haben[75]. Diese Regel daß Minderjährige nicht ohne Curator in einem Rechtsstreite auftreten dürfen, — womit indeß der auf die Legitimation zum Proceß sich beziehende Fall eines Mangels in der Person des Vertreters nicht zu verwechseln ist[76], — leidet nun zwar nach canonischem Rechte in Ehesachen eine Ausnahme[77], inzwischen wird doch diese nur in Beziehung auf Katholiken für anwendbar erachtet[78]. Bei jener Eigenschaft eines Minderjährigen macht es denn auch keinen Unterschied, daß derselbe einen wissenschaftlichen Beruf, oder eine Kunst ausübt, oder für eigene

---

neint, als zwar der Defensor, weil der Erbe durch seine Leistung nicht liberirt werde, repetere non posse; gleichwohl wird jenem gegen diesen die actio negot. gestorum gegen den Erben gegeben. Die l. 30 pr. D. de fideicom. lib. (40. 5) rechtfertigt nicht den Unterschied, ob das Urtheil für oder gegen den bereits Verstorbenen erfolgte, v. Bardeleben, de sentent. null. §. 7: »— haec lex cum nostra regula« (die im Text bezeichnete) »bene conciliari potest. Nam quod mortuo jam reo apud praetorem actum est, non valet. Sed quoniam heredi necessitas litem suscipiendi incumbat, conditio ei imponatur non deterior, quam quae fuerat defuncti. Quum vero hic ex justa causa abesse pronunciatus sit, heredis jus eodem loco esse debet, quasi et ipse ex justa causa abfuisset.«

75) l. 45 §. 2 D. de re jud. (42. 1): »Contra indefensos minores tutorem vel curatorem non habentes nulla sententia proferenda est;« l. 9 D. eod.; l. 1, 2 C. qui leg. st. pers. (3. 6); l. 11 C. qui dare tut. (5. 34); §. 2 J. de curat. (1. 23); tit. C. de cur. fur. (5. 70); l. 1, 3, 6 C. de in int. rest. (2. 22).

76) Seuffert's Archiv B. 3 Nr. 243 (S. 258).

77) c. 14 X. de rest. spol. (2. 13); c. 3 de judic. in 6. (2. 1).

78) Löwenstein g. f. Ehefr. [3786] 3/4 1837.

Rechnung ein kaufmännisches Geschäft, eine Handthierung, oder irgend ein Gewerbe betreibt; denn wenn auch in Beziehung auf ein Verhältniß dieser Art die Proceßfähigkeit des Minderjährigen angenommen werden kann, so wird doch wesentlich dabei vorausgesetzt, daß er vom Staate zu einer solchen Berufsausübung oder einem solchen Geschäftsbetriebe besonders auctorisirt worden sey [79]); indem gerade in einer solchen Ermächtigung gewissermaßen eine, auf die betreffenden Geschäfte beschränkte, venia aetatis enthalten ist. So lange also jene nicht stattgefunden hat, müssen Minderjährige, die sich etwa bloß zufällig mit einem solchen Geschäftsbetriebe befaßt haben, nach der gewöhnlichen Regel behandelt werden [80]). Daraus, daß eine Partei während ihrer Minderjährigkeit ohne Beistand eines Vormunds einen Rechtsstreit geführt hat, entspringt demnach eine Nichtigkeit des Verfahrens, welche dadurch nicht aufgehoben werden kann, daß die minderjährige Person mit eigenem Vermögen einen Handel getrieben hat, es wäre denn dieß unter Genehmigung des Staates geschehen [81]). Inzwischen wird dadurch, daß der Minderjährige, für welchen ein Anwalt einen Proceß geführt hat, nach erfolgtem Eintritt der Volljährigkeit solchem für den noch anhängigen Proceß Vollmacht ausstellt, das früher von demselben Verhandelte in genügender Weise genehmigt. [82])

2. Gegen Solche, welche durch einen Procurator vertreten sind, der keinen Auftrag erhalten (falsus procurator), oder denselben überschritten hat, ohne daß eine nachträgliche Genehmigung

---

79) Leyser med. sp. 60 med. 6—8; Lauterbach, coll. th. lib. 28 tit. 10 §. 52; Weber, natürl. Verbindl. (4. Aufl.) S. 223; Glück Com. Th. 5 S. 546; Mittermaier, deutsch. Priv.-R. §. 48; Eichhorn, deutsch. Priv.-R. §. 387.

80) Leyser, l. cit. med. 8: »Igitur si vel maxime quis nonnunquam negotietur, per hoc tamen restitutionis beneficium haud perdit, uti nec opifex, qui nondum magister legitime renunciatus est.« Dafür wird sich auf einen von der Helmstädter Facultät im J. 1717 entschiedenen Rechtsfall bezogen.

81) Herber g. Hummel [4014] 21/9 1839.

82) v. Hessenstein'sch. Vorm. z. S. Wolf v. G. g. W. [8893] 13/2 1844. Hier bezog sich diese nachträgliche Genehmigung auf ein vom Anwalt abgelegtes Geständniß.

des von ihm Gehandelten erfolgt wäre [83]); oder für welche ein Procurater aufgetreten, welcher bestochen ist [84]).

3. Gegen Bevormundete, deren Vertreter noch keine Caution (rem pupilli salvam fore) gestellt hat [85]).

4. Auch wenn der Streit nur vom Procurator geführt, die Partei aber verurtheilt worden ist, soll nach röm. [86]) Rechte das Erkenntniß nichtig seyn [87]).

5. War über Personen geurtheilt, auf welche die Delegation des Richters sich nicht bezog, so war das Erkenntniß gleichfalls nichtig [88]); wohingegen

6. rücksichtlich Excommunicirter dieß nur in der Beschränkung auf ihre Befugniß klagend, nicht auf die, vertheidigungsweise aufzutreten, galt [89]).

7. Bemerkenswerth ist noch ein Fall, wo Beneficiar=Erben eines Erblassers ihre Mutter, die gegen den Nachlasses desselben eine Forderung geltend gemacht hatte, beerbten und, ungeachtet nunmehr das behufs der Auszahlung der liquidirten Forderung eingeleitete Verfahren erloschen war, das Gericht gleichwohl für die Beneficiar=Erben zwei Curatelen angeordnet hatte — die eine mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Beneficiar=Erben, die andere in der als Erben der Mutter. — Es wurde in dieser gerichtlichen Verfügung, wodurch also ein und dieselbe Person nach ihrer zwiefachen Qualität mit sich selbst

---

83) l. 10, 24 D. de proc. (2. 13); l. 1 C. quib. res jud. non noc. (7. 56); l. 56 D. de jud. (5. 1); — c. 1 X. de proc. (1. 38).

84) l. un. C. de poen. jud. qui male jud. (7. 49).

85) l. 4 C. in quib. caus. in int. rest. (2. 41); l. 3 C. de tut. v. cur. qui satis n. ded. (5. 42).

86) anders nach canon. Rechte, c. 6 X. de in int. rest. (1. 41); dazu die Glosse »Monasterium:« »Sed ecclesia non multum curat de illa solennitate, sicut nec facit differentiam inter procuratorem et syndicum ex quo constat de potestate tradita. Vel dic condemnari monasterium« (die Partei) »in persona procuratoris.« Vergl. besonders gl. »oeconomi vestri« in c. 24 X. de elect. (1. 6).

87) l. C. de sent. et interl. (7. 45).

88) c. 40 X. de off. jud. del. (1. 29).

89) c. 7 X. de jud. (2. 1); c. 5 X. de except. (2. 25).

zu streiten in den Stand gesetzt werden sollte, als eine Nichtigkeit enthaltend anerkannt.[90]).

§. 5.

III. In Beziehung auf das processualische Verfahren.

Unter dem processualischen Verfahren (ordo judiciarius), dessen Einhaltung als die Grundlage des Erkenntnisses und somit als die Voraussetzung seiner Giltigkeit zu betrachten ist, werden zwar auch die auf das Erkenntniß sich beziehenden äußeren und inneren Erfordernisse aufgeführt. Es wird aber hier zunächst nur von denjenigen Grundsätzen, welche die Verhandlungen der Streittheile und die hierauf gehenden richterlichen Verfügungen zum Gegenstand haben, die Rede seyn und die Betrachtung der Nichtigkeit wegen Mängel in Betreff des Erkenntnisses selbst abgesondert davon stattfinden.

Während nach römischem Proceßrecht vornämlich[91]) in dem Mangel der Citation, der Verstattung zum rechtlichen Gehör, insonderheit für den Fall der Annahme des Ungehorsams einer Partei, wenn solcher nicht begründet erschien und des Calumnieneids Gründe zur Annahme der Nichtigkeit gefunden wurden, bildete sich diese Lehre im canon. Rechte namentlich näher aus. Die Ansichten der Processualisten der älteren und neuern Zeit führten zu einer weiteren Entwickelung, deren Hauptmomente die folgenden sind:

1. Die Einreichung und Mittheilung der Klage (libelli oblatio) darf bei Meidung der Nichtigkeit nicht unterbleiben[92]);

2. ebensowenig die Citation, die zu bewirken ist in gehöriger, insonderheit zuständiger Weise[93]); noch auch soll

---

90) Süs'sch. Cur. g. Süs'sch. Cur. [6397] 1/10 1823.

91) Linde, Handb. d. Proc. B. V. S. 411.

92) c. 1 X. de lib. obl. (2. 3). Es war eine Klage nicht schriftlich angebracht. Der Bischof erforderte jenes und die Kläger befolgten nunmehr diese Auflage. Wiewohl nun diese Stelle nicht nothwendig zu dem im Text erwähnten Satze führte, bemerkte doch die Glosse zu jener: »Nota quod libellus semper dandus est adversario et sic libellus videtur esse principium ordinis judicii: ut sine eo nullum sit judicium.«

93) cl. 2 de sent. et re jud. (2. 11). Danach ist das Erkenntniß, welches

3. das rechtliche Gehör versagt werden; zu dessen Verstattung vielmehr die betreffenden Partei zu laden ist[94]); denn der Richter, welcher den Proceß eröffnet hat, ist verbunden „partium allegationes audire et examinare“[95]) und die betr. Partei darf demnach unter einer Zuwiderhandlung desselben nicht leiden. Es ist hier zwar zu unterscheiden der „inauditus“ vom „indefensus“. Ein Urtheil wider jenen, den noch gar nicht Gehörten, ist nur ein Scheinurtheil, und würde der Appellation nach röm. Recht gar nicht bedürfen. Das Erkenntniß gegen diesen betrifft einen solchen, der, weil die Ladung nicht zu seiner Kenntniß gelangt ist, sich nicht vertheidigt hat, der nicht wirklich ungehorsam war, sondern nur als solcher präsumirt wird. Der Gleichstellung beider Verhältnisse steht indessen schon der Wortausdruck des Gesetzes nicht entgegen[96]), indem er unter den ignorantibus auch die inauditi zu verstehen gestattet. Und diese Auffassung entspricht denn auch derjenigen der Praxis, wie später gezeigt werden wird.

4. Hiermit steht in Verbindung die Nichtigkeit, welche entsteht, wenn gegen eine Partei, welche in der That ungehorsam nicht ist, als solche betrachtet und wider sie erkannt wird. Liegt ein Ungehorsam, insonderheit Abwesenheit[97]) bei

---

wider eine außer dem Gerichtsbezirk des Citirenden sich aufhaltende Person ertheilt worden ist, ungiltig; c. 8 X. de majorit. (1. 33). Innocenz III. gibt als Grund, weshalb eine Verfügung wider eine Partei nicht erfolgen könne, an »cum nec citati sint, nec convicti, nec per contumaciam se absentens.«

94) Ein Erkenntniß ist, unter Voraussetzung eines solchen Mangels, der Rechtskraft nicht fähig, und daher für den dadurch Verletzten unnachtheilig, tit. C. quib. res jud. non noc. (7. 56); l. 14 §. 1 D. de appell. (49. 1): »— Quod absente possessore, nec quoquam nomine ejus respondente pronunciatum est, non habet rei judicatae auctoritatem, nisi adversus eum solum, qui adesse neglexerit —;« l. 47 pr. D. de re jud. (42. 1); l. 73 pr. D. de judic. (5. 1); l. 1 C. de exec. rei jud. (7. 53); l. 3, 7 C. quom. et quando jud. (7. 43).

95) l. 5 C. comminat. (7. 57) »non fulminare«, wie die Glosse dazu bemerkt; Linde, Handb. d. Pr. B. V. §. 230 (S. 411).

96) l. 3 C. quom. et quando judex (7. 43): »Ab eo judicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse pralatum, si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis.«

97) Das canon. Recht unterscheidet 5 Arten derselben, c. 29 C. 2 qu. 6.

Gericht nicht vor [98]), ist namentlich ein Mangel an der in gehöriger Weise zu bewirkenden Citation offenbar [99]), so ist dann das in den Ungehorsam erfolgte Erkenntniß nichtig [100]).

5. Zu der ordinis judiciarii substantia gehört dann eben so die Voraussetzung, daß eine Litiscontestatio [1]) statt ge-

98) l. 53 §. 3 D. de re jud. (42. 1): »Contumaces non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur, id est, qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent«; l. 10 C. quom. et quando judex (7. 43): »Cum non voluntatis tuae arbitrio, sed necessitate profectus sit: quicquid contra te absentem statutum fuerit, quando absentiae causa necessaria fuit, officere tibi juris ratio non permittit;« l. 4 C. de proc. (2. 13); c. 6 C. 24 qu. 3, verb.: »Quicunque fuerit evocatus, et praesentiam suam apud eum judicem, a quo ei denunciatum est, exhibere noluerit, adversus eum quasi in contumacem judicari potest;« cf. c. 8 X. de dol. et contum. (2, 15). Ungehorsam liegt nicht vor, wenn die Partei ex dispensatione Pontificis abest, c. 7 X. de dolo (2. 15); c. 10 X. de off. deleg. (1. 29), wonach gegen Denjenigen, welcher »studiorum, peregrinationis vel alia hujusmodi causa se absentaverit« als einen Ungehorsamen nicht definitiv zu erkennen ist.

99) c. 1 C. 5 qu. 2: »Vocatio ad synodum juxta decreta patrum canonica ejus, qui impetitur, rationabilibus scriptis per spatium fieri debet congruum atque canonicum: quia, nisi canonice vocatus fuerit eo tempore et canonica ordinatione, licet venerit ad conventum quacunque necessitate, nisi sponte voluerit, nullatenus suis respondebit insidiatoribus.«

100) l. 3 §. 1 D. quae sent. sin. appell. resc. (49. 8): »Item cum edicto peremtorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit, absentis condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant«; l. 47 pr. D. de re jud. (42. 1); c. 1 §. fin. C. 3 qu. 8: »Absens vero nemo judicetur. Nisi ex contumacia absens fuerit: quia et divinae et humanae hoc prohibent leges«; c. 10 X. de re jud. (2. 27), wonach ein in einer Ehescheidungssache wider die nicht als ungehorsam sich darstellende Ehefrau ertheiltes Erkenntniß für nichtig erklärt wird; c. 12 C. 2 qu. 1: »Et in Episcopum concilio constitutum est, nullum clericum, qui nondum convictus sit, suspendi a communione debere, nisi ad causam suam examinandam se non praesentaverit.« So wird auch im c. 18 X. de sent. et re jud. (2. 27) entschieden, daß ein Erkenntniß wider einen Abwesenden nicht giltig ist (nullius est valoris), wenn erhellt, daß derselbe aus einem zur Entschuldigung geeigneten Grunde (justa absentiae causa) sich entfernt gehabt habe.

1) d. h. der Act, wodurch der Wille der Parteien sich zu erkennen gibt, die auf Verurtheilung des Verklagten gerichtete Intention des Klägers oder die Recht-

funden hat. Es ergibt sich das schon daraus, daß sie die Grundlage des Prozesses bildet; weshalb Kläger und Verklagter beim Anfang desselben den Calumnieneid dahin leisten mußten: „exercere certamina nisi post narrationem et responsionem" (i. e. litis contestationem)[2]; daher denn auch ausdrücklich der Rechtsbestand des ganzen Processes von ihrem Vorhandensein für abhängig erklärt ist[3]) und die Frage: ob, wenn es daran fehle, durch die Zustimmung der Parteien dieser Mangel beseitigt erscheine? schon von den älteren Processualisten verneint wurde[4]). Ergibt sich daher aus den Verhandlungen, daß eine Klageinlassung nicht erfolgt ist, so muß, wenn auch die Verhandlungen geschlossen sind (publicatis attestationibus etc.) und ein Erkenntniß ertheilt ist, dessen Abänderung erfolgen[5]).

6. Nicht weniger war das Erkenntniß nichtig, wenn der Calumnieneid vom Kläger und Verklagten[6]) gegen die ausdrück-

---

mäßigkeit des erhobenen Klaganspruchs der richterlichen Entscheidung zu unterwerfen. Das canonische Recht führte, abweichend vom römischen, die L. C. als eine ausdrückliche und förmliche Erklärung beider Parteien als absolut nothwendig auf.

2) l. 2 C. de jurej. propt. cal. d. (2. 59).

3) c. un. X. de litiscont. (2. 5) verb.: »— quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, cum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem secutam contestatio litis fiat: processum ipsorum de fratrum nostrorum consilio irritum duximus nunciandum;« c. 2 X. ut lite non cont. (2. 6) verb.: »— Cum igitur lis coram eisdem judicibus non esset contestata — judices non debuerunt super principali negotio definitivam sententiam, lite non contestata, proferre: praedictas cassavimus sententias, imo cassas denunciamus et inanes;« c. 5 X. eod. v.: »— quod lite non contestata non est ad receptionem testium procedendum —;« c. 5 X. de elect. (1. 6).

4) Durantis spec. lib. II p. 3. VIII.

5) c. 22 X. de elect. (1. 6). Die Stelle bezieht sich auf den Streit über die Giltigkeit einer electio. Innocenz III., welcher darüber zu entscheiden hatte, ersah nicht: »quid objecerit vel quid responderit ad objecta,« sprach daher aus: »causa remissa non fuit sufficienter instructa ad definitivam sententiam non duximus procedendum« und ertheilte daher in diesem Sinne eine Ordination an das Gericht der v. Instanz.

6) nach l. 2 C. de jurej. propt. cal. (2. 59) von jenen dahin: »non calumniandi animo (litem se) movisse, sed existimando bonam causam habere,« — von diesem dahin: »quod putans se bona instantia uti, ad reluctandum pervenerit —.«

liche Vorschrift des Gesetzes [7]) nicht erfordert und sodann erkannt wurde [8]).

IV. In Beziehung auf die Sentenz.

A. Voraussetzungen rücksichtlich des Inhalts.

§. 6.

1. Ueberhaupt in Betreff des Ausspruchs, des Objects und Subjects.

Die Nichtigkeiten, welche ihren Grund haben in dem Urtheil (Sentenz) [9]), ohne welches ein Proceß und eine Vollziehung in Folge dessen undenkbar ist [10]), beziehen sich theils auf ihren Inhalt, theils auf ihre Form.

Was den Inhalt der Definitiv-Sentenz anlangt, so kommt hier in Betracht:

1. Das Vorhandenseyn der wesentlichen Voraussetzung einer solchen: die rite (solenniter, juste, recte) [11]) geschehene [12]) Verurtheilung oder Lossprechung („condemno aut absolvo") [13]); denn darauf zielt der ganze Streit; und der Mangel in dieser Hinsicht begründet Nichtigkeit des Urtheils [14]). In der scholastischen Jurisprudenz gab man den Grund dahin an, es

---

7) s. vor. Note u. Auth. Principales §. 4 C. ex Nov. 124 c. 1.

8) Ueber die Veränderungen, welche rücksichtlich des Calumnieneides durch das canonische Recht und die Reichsgesetze so wie auch für Hessen, durch daselbst weiter geltende Rechte herbeigeführt worden sind, vergl. des Verfs. Gerichtseid, Th. II §. 64 (S. 278 fg.).

9) Wenn von einem solchen hier die Rede ist, so wird vorzugsweise ein endliches darunter verstanden. Ueber dasselbe vergl. besonders: Wetzell, System §. 46 (S. 398—418)).

10) l. 1, 58 D. de re jud. (42. 1); l. 1 C. de exec. rei jud. (7. 53); l. 5 C. commin. (7. 57).

11) Dirksen, manuale s. v. »rite.«

12) l. 4 §. 6 D. de re jud. (42. 1): »Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat: caeterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere.«

13) l. 1 D. de re jud. (42. 1); l. 27 D. fam. erc. (10. 2); l. 3, 11 C. de sent. (7. 45).

14) c. ult. C. 2 qu. 6: »Diffinitiva quoque sententia, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro nulla habetur.«

sey in jenem Erforderniß die „causa formalis et substantialis (finalis) ipsius sententiae" enthalten [15]). Inzwischen erschien doch jene Folge in vielen Fällen bedenklich; man stritt darüber, ob und wann eine Iniquität oder Nichtigkeit durch die Nichtbeobachtung begangen werde, zumal Papst Cölestin III. zu dem hier namentlich vertheidigten Satze, es sey genügend, wenn man nur äquipollenter Worte sich bedient habe, Veranlassung gegeben hatte [16]). Nach der reichhaltigen Casuistik des Mittelalters war man zwar darüber nicht im Zweifel, daß, wenn das Urtheil dahin laute: „condemno vel (imo) absolvo", dem Erforderniß nicht genügt werde; für zweifelhaft aber wurde diese Annahme gehalten, wenn der Richter in der Sentenz ausgesprochen hatte: „Titium teneri mihi 100" [17]), oder „pronuncio Titium condemnandum" [18]), oder ob, nachdem er das Urtheil auf das consilium sapientis verstellt und dieser sein Votum z. B. auf Verurtheilung abgegeben hatte, sein Ausspruch „pronuncio prout in tali consilio continetur" [19]), oder der weitere: „prout talis judex pronunciavit in tali causa", oder „condemno salva eo quod infra dicam", — eine unzweifelhaft zulässige Sentenz enthalte? [20])

---

15) Maranta, praxis s. de ord. jud. tr. P. VI de sens. n. 122.

16) Durch das cap. 15 X. de V. S. (5. 40). Ein Erzbischof hatte hier statt der Worte »condemno v. absolvo« der Worte sich bedient: »Ita statuo et praecipio.« In Beziehung darauf bemerkt der genannte Papst: »Attenditis igitur, quod hoc verbum »statuo« rem perfectam significat et cum effectu non verbotenus accipitur. Item quia secundum Gregorium, quod praecipitur imperatur: et quod imperatur necesse est fieri, et aliquando si non fiat, poenam habet. Considerantes nihilominus, quod non debet aliquis considerare verba, sed voluntatem, cum non intentio verbis, sed verba intentioni debeant deservire: interpretamur procuratoribus utriusque partis praesentibus et definimus, quod praefati episcopi verba tali forma prolata, perpetuo valiturae sententiae obtineant firmitatem.«

17) Die Glosse in l. 27 §. 3 D. de arbitr. fand darin eine Verurtheilung.

18) Es wurde das verneint »quia tractus futuri temporis non spectat ad judicem; aliud est enim condemnare, et aliud pronunciandum, nam talis sententia exspectat aliam sententiam post se.«

19) Die communis opinio Doctorum bejahte die Frage »quia talis est mens judicis relata ad consilium sc. ut condemnet.«

20) Vergl. Maranta, l. cit. n. 124—127.

Eine Verurtheilung oder Freisprechung enthält nun an sich auch die Sentenz, welche unter einer Bedingung darauf erkennt. Der Streit aber darüber: ob, um einer solchen Verkehrung der Ordnung (praeposteratio) willen, darum also z. B. daß erkannt worden: „condemno si est probatum“[21]) eine Nichtigkeit begründe? ist, wenn man von Gründen, die aus dem Mangel erfolgter Condemnation oder Absolution hergeleitet werden[22]), absieht, gesetzlich[23]) dahin entschieden, daß hier (und zwar „statim“) appellirt werden soll, woraus man die Ausschließung der Annahme eines Nichtigkeitsgrunds mit um so mehr Recht gefolgert hat[24]), als das canonische Recht eine Zurückziehung des Erkenntnisses zuläßt[25]).

2. Wegen des Erfordernisses der Verurtheilung zu einem bestimmten Object (Geldsumme, Sache)[26]) — unter Veranschlagung des facere in Geld[27]) — welchem indeß auch durch Bezugnahme auf, das Nöthige enthaltende, Actenstücke entsprochen wird[28]) und wobei, wegen des gesetzlich bestimmten

21) Ueber den Streit: ob hier eine Nichtigkeit vorliege, oder nur eine Iniquität? vergl. Durantis, specul. lib. II p. 2 de sent. §. 8. VIII. n. 3.

22) Von diesem Nichtigkeitsgrund allein redet: l. 11 C. de sent. (7. 45).

23) l. 1 §. 5 D. quando appell. (49. 4).

24) So v. Bardeleben, de sententiar. nullit. (Berol. 1836) §. 20. Derselbe beseitigt denn auch das aus der l. 37 D. de excus. (27. 1) abgeleitete Argument, da in dem hier erwähnten Decret (»si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio«) keine den Namen einer Sentenz in sich tragende Verfügung liege »quod meram juris regulam causa non cognita et facti subsumtione omissa comprehendit.« Der Ansicht ist auch: Linde, Handb. Th. V S. 437, und Wetzell, System §. 46 (Seite 405 Not. 30).

25) c. 4 C. 35 qu. 9: »Apostolicae sedis sententia tanta semper consilii moderatione concipitur, tanta patientiae maturitate decoquitur, tantaque deliberationis gravitate profertur, ut retractatione non egeat, nec immutari necessarium ducat, nisi forte sic prolata sit, ut retractari possit, vel immutanda secundum praemissae tenorem conditionis;« cf. gl. »conditionis« ad h. c.

26) §. 32 J. de act. (4. 6). Ueber den Umfang dieser Vorschrift und die l. 17 C. de fid. lib. (7. 4): B. Hollweg, Handb. I S. 337, Buchka, v. Einfluß d. Proc. II S. 49 fg.

27) l. 13 §. 1 D. de re jud. (42. 1). Wetzell, a. a. O. Not. 28.

28) l. 5 §. 1, l. 59 pr. §. 1 D. de re jud. (42. 1); l. 3 in f. C. de

tempus judicati, die unterbliebene oder in unbestimmter Weise hinzugefügte Zahlungszeit, das Object noch nicht zu einem unbestimmten wird [29]), — hat die Verurtheilung zu einer völlig unbestimmten Leistung z. B. dahin: „Quae bona accepisti, solve," weil darauf eine Execution sich nicht gründen läßt, Nichtigkeit zur Folge („judicati auctoritatem non nititur") [30]). Dadurch wird inzwischen so wenig die Verurtheilung zu im Voraus mit völliger Sicherheit nicht bestimmbaren Leistungen in den Fällen, wo deshalbige Klagen zugelassen sind, wie bei Erbschafts-, Entschädigungs-Klagen [31]), als, bei verschiedenen theilbaren Klagobjecten, die Entscheidung auf sämmtliche Posten ausgeschlossen, indem hier eine abgesonderte Prüfung und Entscheidung zulässig erscheint [32]).

---

sent. quae s. certa qu. (7. 46); darin ist namentlich von dem »libellum conventionis,« »obligationis instrumentum« etc. die Rede. Vergl. v. Bardeleben, l. c. §. 15; Wetzell, a. a. O. (S. 405).

29) l. 4 §. 5 D. de re jud. (42. 1).

30) Eben so wenn gesagt ist: »Omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve;« l. 3, 4 C. de sent. quae sine cert. qu. (7. 46); l. 59 §. 2 D. de re jud. (42. 1).

31) l. 2 C. de sent. quae sine (7. 46); l. 5 C. de sent. (7. 45). Wenn Cujacius (Paratitla ad l. 2 C. cit.) annimmt, daß nur auf die rationes publicae fisci vel rei publicae dieser Satz Anwendung leide, indem sie allein nie so bestimmt seyen und die Liquidität herstellten, »ut indemnitas facile explicari possit,« so berührt dieser Grund eine andere hier nicht in Betracht kommende Frage. Vergl.: Gesterding, Nachforsch. B. III S. 140; v. Bardeleben, l. c. §. 15; Linde, a. a. O. §. 234 (S. 423). Chil. König, Practica u. Proc. Cap. CII §. 12: „Wo aber die Recht ein vngewisse klage zulassen, so wird auch ein vngewiß vrteil zugelassen, denn das vrteil muß sich — mit der klage vergleichen —. Denn wenn in der klage etwas gemein, das oder das, vnd also alternatim gebeten wird —, so mag das vrteil auch gemein sein, auch das oder das vrteilen. Also auch wenn einem ein erbfall zuerkannt wird, darinne denn viel stücke vnd güter sind, da kann das vrteil auch nicht gewiß sein —. Also auch, so einer sein Interesse, als die abhendige nutzung in gemein bittet, darauff kan auch kein klar oder gewiß vrteil gesprochen werden. Wol wird aber solch interesse in der execution vnn vollendung deß vrteils klar und gewiß gemacht."

32) l. 19 §. 1 D. de recept. (4. 8). Sind einige der Hauptforderungen nicht berührt, andere aber entschieden, so ist in der erstern Hinsicht das Urtheil nicht nichtig, und vielmehr der zurückstehende Ausspruch, resp. Erläuterung zu

3. Die Verurtheilung zu dem bestimmten Gegenstand setzt aber auch weiter eine physisch und moralische Möglichkeit der Leistung, sowie eine von der betreffenden Partei auf das Object gerichtete Absicht (pro petito libelli) voraus. Ergiebt sich in der einen oder andern Hinsicht ein Mangel, so kann auch deshalb das Urtheil nicht aufrecht erhalten werden. Man muß hier Folgendes sagen:

a. Der Natur der Sache nach nicht zu befolgende und daher auch nicht vollstreckbare Urtheile sind nichtig [33]).

b. Dasselbe gilt für solche, welche auf ein sittlich Unmögliches sich beziehen [34]);

c. so wie auch alsdann, wenn der Richter über den Klagantrag hinaus erkennt [35]) z. B. in eine nur bedingt einge-

---

begehren; es wird ein »supplere« der Sentenz beantragt, l. 42 D. de re jud. (42. 1). Vergl. Linde, a. a. O. (S. 422).

33) l. 3 pr. D. quae sent. sine app. (49. 8): »Paulus respondit, impossibile praeceptum judicis nullius esse momenti,« §. 1 eod. l.: »Idem respondit ab ea sententia, cui pareri rerum natura non potuit, sine causa appellari;« l. 185 D. de reg. jur. (50. 17); c. 8 X. de pact. (1. 35) »— etiam juxta legitimas sanctiones pactum turpe, vel rei turpis, aut impossibilis de jure vel de facto nullam obligationem inducit.«

34) Die zunächst für »arbitri« geltende Vorschrift der l. 21 §. 7. D. de recept. (4. 8) dahin: »Non debent autem obtemperare litigatores, si arbiter aliquid non honestum jusserit,« — bezog die Glosse auf Richter überhaupt. Das canon. Recht bekräftigte dieß; vergl. die v. Note und c. 7 X de cond. appos. (4. 5). Es ist zwar hier nur von unsittlichen Bedingungen bei Eingehung der Ehe, z. B. contraho tecum si generationem prolis evites, vel donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem. Dieß sollte ohne Wirkung seyn; andere Bedingungen »si turpes aut impossibiles fuerint« aber sollten in favorem matrimonii als nicht hinzugefügt erachtet werden. Man wandte aber diese Stelle auch auf die Verurtheilung in Sentenzen an, wenn sie auf dergleichen Unmoralisches sich bezog; vergl. Durantis, l. c. n. IX.

35) arg. l. 18 D. com. divid. (18. 3): »Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest: quia ultra id, quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest;« l. 4 C. commin. (7. 57). Der Berücksichtigung einer aus den Acten gewonnenen Ueberzeugung davon, daß dem Kläger mehr als gebeten, zukomme, also der Folge einer Zuerkennung von Amtswegen, stehen das gedachte Gesetz eben so wohl, wie das Argument aus dem möglicher Weise stattgehabten Verzichte des Klägers auf das plus entgegen; Pufendorf, obs. T. I obs. 107: v. »praeter intentionem ipsius actoris in actis declarandam plus ei adjudicare

klagte Forderung unbedingt verurtheilt. Damit ist indeß nicht ausgeschlossen, daß der Richter rücksichtlich des Umfangs des Streitobjects weiter als beabsichtigt war alsdann gehen kann, wenn die Streittheile darüber, daß dieß geschehe, einverstanden sind [36]).

4. Die Sentenz hat sich sodann bei Meidung der Nichtigkeit auch auf alle aufgetretenen Streitgenossen zu beziehen; dahin wird auf Veranlassung einer von mehreren Erben angestellten Erbtheilungsklage, entschieden; es soll in einem Falle dieser Art das Judicat keineswegs nur auf einige Kläger gehen, andere aber auslassen [37]).

Wird nun von dem Richter gegen den klaren Ausspruch des Rechts („jus constitutum, manifesti juris forma") erkannt, so erscheint also das Judicat gleichfalls nichtig.

2. Insbesondere.

a. Ueber den Verstoß wider klares Recht.

§. 7.

Ueberhaupt.

Wenn der Richter seinem Berufe, das Recht, welches und so weit es für ihn besteht, anzuwenden, zuwider handelt, tritt,

---

periculosum est et vitio nullitatis vix caret;« Gesterding, a. a. O. S. 141. — Es ist jedoch dieser Satz streitig, mit Rücksicht auf l. 1 §. 3 C. de plus pet. (3. 10): »Si vero quis minus, quam re vera sit, taxaverit suam litem, nec ad hoc respiciat judex, sed in veram quantitatem calculum ferat« und §. 34 J. de act. (4. 6): »Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si, quam ei 10 deberentur 5 sibi dari oportere intenderit, aut si cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit; in reliquum enim nihilominus judex in adversarium in eodem judicio condemnat ex constitutione Zenonis.« Vergl. Linde, a. a. O. §. 235.

36) l. 74 §. 1 D. de jud. (5. 1).

37) l. 27 D. fam. ercisc. (10. 2). Es wird als Grund angegeben »quia non potest (ex) uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.« Vergl. über die Auslegung der Stelle und die darauf bezogenen l. 41 D. eod., l. 47 D. de re jud. (42. 1): Cujac. com. ad l. 23 Pauli ad Edict.; v. Bardeleben, l. c. §. 15.

abgesehen von sonstigen unmittelbaren [38]), oder mittelbaren [39]) Folgen, unter den geeigneten Voraussetzungen, die Vernichtung des Spruchs und damit Wiederherstellung des Ansehens des beleidigten Rechts ein.

§. 8.

a. Das verletzte Recht.

Das Recht, um das es sich handelt, ist, — abgesehen davon, daß von ihm auch die Rede ist im Gegensatz von „necessitudo" [40]) — entweder geschriebenes oder ungeschriebenes [41]); indem Gesetz und Gewohnheit neben einander als Norm für den Richter bezeichnet werden [42]). In der ersteren

38) wie Strafe; nach röm. Rechte der Deportation. Pauli rec. sent. V. 25, 4: »Judex, qui contra sacras principum constitutiones, contrave jus publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur;« Nov. 113 c. 1 §. 1; nach canon. Recht Disciplinarstrafe: c. 11 in f. X. de prob. (2. 19): »Judex, qui constitutionem neglexerit observare, si propter negligentiam quid difficultatis emerserit, per superiorem judicem animadversione debita castigetur« —.

39) mit Rücksicht auf die Syndicatsklage.

40) l. 12 D. de orig. jur. (1. 1): »Nonnunquam jus etiam pro necessitudine dicimus; veluti est mihi jus cognationis vel affinitatis.« Gl.: »unde Job dixit: Necessarii« (Blutsverwandte) »venerunt ad me.«

41) pr. J. de offic. judic. (4. 17): »inprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est;« l. 5 C. quando prov. non est nec. (7. 64): »Quodsi — contra legis statutum modum provinciae praeses multam vobis irrogaverit: dubium non est, id quod contra jus gestum irrogaverit, firmitatem non tenere et sine appellatione posse rescindi.« Nov. 113 c. 1 §. 1: »jubemus judicem — secundum generales nostras leges causam examinare et legitimo fini contradere. Si autem hoc non custodierit judex, 10 librarum auri eum subjacere poenae —. — Sed vel si quis judicum propriam despiciens salutem ex aliquo tali praesumpserit sententiam proferre: hanc ita infirmam esse volumus, ut neque appellatione indigeat, neque ex compromisso inferatur poena. Nos enim omnes judices secundum generales nostras leges examinationes et sententias ferre volumus. Illud quoque indubitatum erit, quia neque judicialis quaelibet valebit jussio extra quod ordinatum est ex hac nostra lege.«

42) l. 32 pr. §. 1 D. de legib. (1. 3): »De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri non oportet, quod moribus et con-

Beziehung wird im weltlichen Recht der leges, senatusconsulta constitutiones (jus constitutum), des jus gestum, — im geistlichen auch der canones [43]), vor Allem der canonica scriptura (der heiligen Schrift) [44]) gedacht.

Es darf sodann darüber, daß die Vorschrift in dem betreffenden Lande in der erforderlichen Weise zur öffentlichen Kenntniß gelangt sey, kein Zweifel bestehen; da umgekehrt der

---

suetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc jus quo urbs Roma utitur, servari oportet. §. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur;« l. 35 D. eod.: »Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam ea, quae scripta sunt jura servantur«; l. 36 D. eod.: »Imo magnae auctoritatis hoc jus habetur: quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere«; l. 38 D. cod. »Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere.« Ueber die interpretative Bedeutung älterer Gesetze: l. 27 D. eod.: »Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi, usitatum est: et semper quasi in hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.«

43) c. 1 X. de sent. et re jud. (2. 27): »Sententia contra leges canonesve prolata, licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso jure.«

44) Augustinus (de civit. dei ad Marcell. lib. 1 c. 23) stellte die Frage auf: ob die ratio juris naturalis den Vorzug habe vor den exemplis? und bejahte dieselbe mit Ausnahme derjenigen exempla, welche mit der ratio harmonirten (darauf bezieht sich auch die dist. 11): »Sana quippe ratio etiam exemplis anteponenda est: cui quidem et exempla concordant sed illa, quae tantum digniora sunt imitatione, quantum excellentiora pietate. Cum ergo in naturali jure nihil aliud praecipiatur, quam quod Deus vult fieri: nihilque aliud vetetur, quam quod Deus prohibet fieri: denique cum in canonica scriptura nihil aliud quam in divinis scripturis et legibus inveniatur: divinae vero leges natura consistant: patet quod quaecunque divinae voluntati, seu canonicae scripturae contraria probantur, eadem etiam naturali juri inveniuntur adversa. Unde quaecunque divinae voluntati, seu canonicae scripturae, seu divinis legibus postponenda censentur, eisdem naturale jus praeferri oportet. Constitutiones ergo vel ecclesiasticae, vel seculares, si naturali juri contrariae probantur, penitus sunt excludendae.«

auf ein nicht also publicirtes Gesetz gegründeter Richterspruch aus diesem Grunde nichtig ist [45]).

In Ansehung des Gegenstandes des Gesetzes ist es gleichviel, ob derselbe in das Privat- oder öffentliche Recht [46]), einschlägt, oder überhaupt nur, wie das eheliche Verhältniß [47]), das öffentliche Interesse berührt.

Seinem Ausdrucke nach muß daher die in Betracht kommende Vorschrift eine absolut gebietende oder verbietende, oder eine solche seyn, welche das gedachte Recht unmittelbar betrifft [48]); es wird z. B. eine Einrede übergangen [49]), oder, nachdem aus einem Vertrage, für dessen Eingehung das

---

45) Dahin erkannte das O. A. Gericht in Hessen in S. Greif g. Müller 1830; namentlich in Beziehung auf eine Verordnung, deren öffentliche Glaubwürdigkeit durch eine dazu bestimmte Sammlung mangelte und deren Publication nicht nachgewiesen war, Pfeiffers pr. Ausf. B. VI, S. 176. Die Extracte geheimen Raths-Protocolls, welche auf eingezogene Gutachten des O. A. Gerichts der Regierung ergingen, erforderten zu ihrer Giltigkeit einer officiellen Publication nicht. Daher wurde z. B. wegen Verstoßes wider den von Ledderhose (Kl. Schriften Th. I. S. 280) veröffentlichten — in die Sammlung der Landesordnungen nicht aufgenommenen — Geh.-Raths-Beschluß vom 7. Mai 1782, dessen später noch im Näheren gedacht werden wird, eine Nichtigkeit angenommen, in S. Saß g. Wetzel [9721] O. A. G. D. v. 9/3 1845.

46) Paul. rec. sent. V. 25, 4. — Im canonischen Rechte werden eine Reihe von Verhältnissen aufgeführt, rücksichtlich deren die Privatwillkühr ausgeschlossen, ein dawider angehendes Erkenntniß wegen Verletzung des öffentlichen Interesses nichtig ist. So soll über eine res sacra, ecclesiastica, über das jus praesentandi, die spiritualis subjectio (c. 7—9 X. de transact. 1. 36), insbesondere im Verhältniß der Filial- zur Mutterkirche, — cella, domus matryx, (c. 10 X. eod.) nicht transigirt werden.

47) c. 7 X. de sent. et re jud. (2. 27). Nach erfolgter Eheschließung entstand ein »scandalum« zwischen den Eheleuten. Die Verwandten der Frau veranlaßten sie zur Klage gegen ihren Mann aus dem Grund, weil sie wider ihren Willen und in einem zur Eingehung der Ehe ungeeigneten Alter mit solchem verbunden worden sey, er selbst aber die Auflösung der Ehe wünsche. Es erfolgte »minus rationabiliter« die Separation. Der Ehemann, durch sein Gewissen gedrängt, wandte sich indeß an den Papst und dieser (Leo) erkannte: »si vobis constiterit eos per judicium ecclesiae non fuisse legitime separatos, ecclesiamque deceptam, ipsos faciatis sicut virum et uxorem insimul permanere.«

48) Gönner, Handb. B. III. Abth. 64 §. 28.

49) Widal g. Gans, O. A. G. Decr. v. 1/12 1819.

Gesetz gewisse Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben hat, geklagt und vom Verklagten der Mangel jener Voraussetzungen gerügt, vom Gerichte gleichwohl das Geschäft für giltig erkannt [50]). In Fällen dieser und später im Näheren zu bezeichnender Art liegen dann dergleichen materielle Nichtigkeiten der Entscheidung vor.

Vorausgesetzt wird aber, wie sich von selbst versteht, weiter, daß das Recht, von dessen Nichtbeachtung die Rede ist, auf die gerade in Betracht kommende causa speciell sich beziehe [51]). In diesem Sinne ist es also zu verstehen, wenn in den Rechtsquellen gesagt wird, es werde, um eine Nichtigkeit des Erkenntnisses anzunehmen, das Vorhandenseyn eines klaren und unzweifelhaften Rechtes [52]) erfordert.

Da, wie erwähnt, dem Richter die Wahrung nicht blos des geschriebenen, sondern auch des ungeschriebenen Rechts (mores, consuetudines, auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum) obliegt, so entsteht hier die specielle Frage: ob und in wieweit aus der Nichtbeobachtung solcher Normen, wie man sie heutigestags unter dem Gesichtspunct des Gewohnheitsrechts, Herkommens, der Observanz, des Gerichtsgebrauchs 2c. aufzufassen pflegt, eine Nichtigkeit hergeleitet werden könne? Die Rechtsquellen bestimmen in besonderer Beziehung auf den solitus ordo judiciorum, daß derselbe nicht verändert, wohl gar umgekehrt, sondern vielmehr streng eingehalten werden soll. Darüber, wann jenes eintrete? bestand

---

50) Häusser g. Eschwege, O. A. G. Besch. v. 11/4 1821.

51) l. 32 D. de re jud. (42. 1): »Cum prolatis constitutionibus contra eas pronunciat judex eo quod non existimat causam, de qua judicat, per eas juvari: non videtur contra constitutiones sententiam dedisse; ideoque ab ejusmodi sententia appellandum est: alioquin rei judicatae stabitur.«

52) Darüber, was unter der Erkenntniß eines solchen zu verstehen, vergl. übrigens auch: l. 17 D. de legib. (1. 3): »Scire leges non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem«; l. 19 D. eod.: »In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit«; l. 23 eod.: »Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt«; l. 38 cit. D. eod.

namentlich zur Zeit der Glossatoren Zweifel [53]). Wird dieser „solitus“ (consuetus, frequens) ordo nicht, oder in verkehrter Weise, beobachtet, dann tritt der Erfolg ein, daß das darauf gebaute Erkenntniß nicht in Rechtskraft übergeht [54]). Hiernach würde demnach, zufolge römischrechtlicher Grundsätze, von einer Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die Sitte, das Gewohnheitsrecht, den Gerichtsgebrauch, allerdings sich reden lassen. Bekanntlich war es aber die lange Zeit hindurch herrschende Ansicht der Juristen, daß das Gewohnheitsrecht, insbesondere das particulare, eine Thatsache sey, welche, um die Beachtung des Richters finden zu können, von der Partei behauptet und bewiesen werden müsse, indem sie zur Begründung des in Anspruch genommenen Rechtes gehöre; daß folgeweise auf deren Vorbringen und Beweis die gewöhnlichen Rechtsnormen Anwendung zu finden hätten. Hingewiesen wurde zur Motivirung dieser Ansicht auf die veränderte Stellung des Richters, welcher jetzt nicht mehr, wie ehedem, als die lebendige Erkenntnißquelle des Gewohnheitsrechts, sondern nur als der die Beweisführung leitende Richter hier auftrete. Dabei verwechselte man indeß nicht nur die Thatsache der R e c h t s r e g e l und die der V e r m i t t e l u n g derselben auf den einzelnen Fall; sondern ließ auch unberücksichtigt, daß jene, zu welcher auch die Gewohnheit gehört, einen Bestandtheil des

---

53) Gl. »Prolatam« in l. 4 C. de sent. et interl. (7. 45). Joan. (Andr.) und Azo nahmen einen Verstoß gegen den solitus ordo alsdann z. B. an: »si (praeses provinciae, der Richter) non dedit (sc. sententiam) in scriptis, vel si stando, vel si in turpi loco, vel si non cognovit de causa; — si non condemnavit procuratorem quando debuit, sed dominum.« Accursius mißbilligte die Bezugnahme auf diese Beispiele, weil danach nicht der o r d o umgekehrt, sondern nur eine s o l e n n i t a s zu beobachten unterlassen sey. Er verwies vielmehr auf die zu seiner Zeit als wesentlich betrachteten Bestandtheile des Verfahrens: »Dic ergo quod ordo judiciorum est, ut offeratur libellus, lis contestetur, juretur de calumnia, depositiones testium conscribantur et publicentur, sententia scribatur et a judice proferatur: qui ordo si pervertitur, non valet sententia: ut si primo pronunciet, deinde sententiam scribat: vel primo juretur de calumnia: deinde fiat litis contestatio —.« Cf. D i r k s e n manuale s. v. »Ordo.«

54) l. 4 C. de sent. et interloc. (7. 45): »Prolatam a praeside sententiam c o n t r a s o l i t u m j u d i c i o r u m o r d i n e m auctoritatem rei judicatae non obtinere certum est.«

Rechts bildet, wobei der Umstand, daß die alte Schöffengerichtsbarkeit nicht mehr bestehe, nur auf die Art der Ermittelung der Gewohnheit von Einfluß ist. Nach einer geläuterten, durch G. F. Puchta [55]) und v. Savigny [56]) neuerdings zur Anerkennung gelangten Rechtsansicht ist aber der Richter alsdann, wenn er von dem Bestehen einer Gewohnheit überzeugt ist, oder seyn muß, z. B. davon, daß sie als den allgemeinen Rechtsgewohnheiten angehörig bereits in die wissenschaftliche Darstellung des Rechts übergegangen, oder durch Notorietät, oder durch Feststellung in einem andern von ihm, oder dem höheren Gerichte entschiedenen Rechtsstreite ꝛc. bestimmt ist, — von der Verbindlichkeit zur Anwendung weiterer Erforschungsmittel entbunden. Wird also in einem einzelnen Falle das Daseyn eines Gewohnheitsrechts in Bezug genommen, ist eine Rechtsregel vorhanden, so beschränkt sich die Thätigkeit des Richters auf deren amtliche Ermittelung und seine Obliegenheit, deshalb Beweis aufzuerlegen, bezieht sich nur auf den Fall seiner Unkenntniß der Gewohnheit und der Unzureichenheit der amtlich ihm zu Gebote stehenden Mittel zu ihrer Erforschung, z. B. durch Sachkundige [57]). In der neuesten Zeit ist denn auch diesen Grundsätzen entsprechend, in Anerkennung also des Princips, daß, weil auch ein auf der Gewohnheit beruhender Rechtssatz, wenn er einmal zur Geltung gelangt sey, die Kraft eines wirklichen Gesetzes habe, unter Voraussetzung seiner Existenz, der Verstoß dawider dem gegen das geschriebene Recht gleich zu stellen [58]) und zur Begründung einer Beschwerde wegen Nichtigkeit von einem oberen Gerichtshof als dienlich erachtet worden [59]). Die hessische Praxis hat sich

---

55) Gewohnheitsr., Th. II. S. 125 fg.

56) System, Th. I. S. 189 fg.

57) Ueber das Nähere vergl.: des Verf.'s Sachverständige, S. 105 fg.

58) Wetzell, System, S. 509; Gesterding, Ausbeute, Th. III. S. 146; Linde, Handb. V. S. 429.

59) Seuffert's Archiv, B. XIII. Nr. 75 (S. 98): Erk. d. O.-Trib. zu Stuttgart v. 28/1 1859. S. zu Laudenbach, welcher von der Standesherrschaft H. J. auf Zahlung von Handlohn in Anspruch genommen war, setzte der Klage entgegen, daß nach einem zur Anwendung kommenden fränkisch-würzburg'schen Gewohnheitsrecht ein Handlohn nicht gefordert werden könne. Dieß G.-Recht wurde in 1. Instanz zu Beweis ausgesetzt und der letztere erhoben. In 2. Instanz berief sich

indeß allerdings vornämlich unter dem Einfluß der älteren Ansicht von der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes ausgebildet und es gelten danach im Wesentlichen folgende Grundsätze: Die Verletzung eines bestehenden Gerichtsgebrauchs, namentlich in Beziehung auf das materielle Recht vermag zwar in der Regel einen N.=Grund wider ein Erkenntniß nicht abzugeben, „indem das richterliche Ermessen bei der Anwendung des ungeschriebenen Rechts weniger, als bei der Befolgung klarer geschriebener Gesetze ausgeschlossen ist" [60]) und selbst der Umstand, daß der fragliche Ge=

S. dafür, daß der fragliche Rechtssatz im fränkisch=würzburg'schen Rechte allgemein gegolten habe, auf ein Werk über dieses Recht von Schmidt, einem classischen Schriftsteller über würzburg'sches Recht. Der Gerichtshof ließ aber diese Berufung unbeachtet und erkannte, daß der Beweis des fraglichen Gewohnheitsrechts nicht geführt sey, obwohl er solches in einem früheren Falle selbst als bestehend angenommen hatte. Dagegen erhob der Beklagte die Nichtigkeitsklage beim Obertribunal. Dieß erkannte auf den Grund mehrer in dem Schmidt'schen Werke angeführten Rescripte des Bischofs von Würzburg und eines Attestats der hochfürstl. würzburg'schen Regierung, daß das fragliche Gewohnheitsrecht wirklich bestehe, und sonach der Beklagte einen Handlohn zu entrichten nicht schuldig sey, und sprach demzufolge, unter Aufhebung des Erkenntnisses des Gerichtshofs als nichtig, den Beklagten von der Klage frei. In den Motiven wurde, nachdem zuvor das Bestehen des Gewohnheitsrechts nachgewiesen worden, gesagt: Da der Gerichtshof dasselbe nicht beachtet, sondern das gemeine Recht auf den vorliegenden Fall angewendet hat, so hat er nach einer Norm entschieden, die für den vorliegenden Fall nicht die maßgebende ist. Seine Entscheidung ist daher mit einem „Irrthum Rechtens" behaftet, „gegen lautere Disposition der Rechte" ergangen (Würtemberg. Landrecht Th. I. Tit. 56 §. 11). Es macht auch keinen Unterschied, daß hier nicht von einem Verstoß gegen ein positives Gesetz, sondern von einem solchen gegen ein durch Gewohnheisrecht eingeführten Rechtssatz die Rede ist, weil auch ein Rechtssatz der letzteren Art, wenn er einmal zur Geltung gelangt ist, die Kraft eines wirklichen Gesetzes hat. Der Gerichtshof hätte von dem fraglichen Gewohnheitsrecht schon von Amtswegen um so mehr Notiz nehmen sollen, als es sich hier nicht von erst auszumittelnden Thatsachen, woraus das Gewohnheitsrecht gefolgert werden kann (Wächter, würtemb. Privatr. B. II. S. 39 fg.; Savigny, System B. I. S. 186 fg.) handelt, sondern unzweifelhafte Anerkenntnisse des fraglichen Gewohnheitsrechts (in den bischöflichen Rescripten und dem Attestat der würzburg'schen Regierung) vorliegen, worauf der Verklagte sich berufen, auch der Gerichtshof selbst in einem früheren Fall ein dem vorliegenden entsprechendes Gewohnheitsrecht als bestehend angenommen hatte.

60) Vergl. die in der Zeitschr. für Gesetzgebung u. Rechtspfl. v. Böhmer rc. S. 503 fg. abgedr. Entscheidung; Voß g. Jäger, 1823, Schmidt g. Gemeinde

richtsgebrauch ein constanter des O. A. Gerichts und resp. zur öffentlichen Kunde gelangter ist, an diesem Grundsatze nichts zu ändern; weil überhaupt ein Gerichtsgebrauch, — z. B. derjenige, wonach Eideszuschiebung zum Beweise der unvordenklichen Verjährung unzulässig ist, — einem geschriebenen Gesetze nicht dergestalt gleich geachtet werden kann, daß ein Erkennen wider denselben als gegen ein klares Gesetz gerichtet zu betrachten wäre [61]). In Beziehung auf diesen Grundsatz ist aber

1. wohl mit Rücksicht auf die vorerwähnten Vorschriften des römischen Rechts, in Verbindung mit den besonders zu erörternden Principien des Reichsprocesses in Betreff der Substantialien des Verfahrens, insofern eine Modification anerkannt worden, als bei wesentlichen Erfordernissen des letzteren, namentlich des Subhastations-Verfahrens angenommen wurde, daß die Nichtbeachtung derselben Nichtigkeit ohne Berücksichtigung des Unterschieds, ob die Regeln, deren Befolgung unterblieben waren, auf dem geschriebenen Rechte, oder auf einer wohlbegründeten Observanz beruhen, zur Folge habe [62])

2. Aber auch in Ansehung der auf das materielle Recht sich beziehenden Nichtigkeit ist, wenn auch der Grundsatz, daß eine solche durch Verstoß wider ein Gewohnheitsrecht nicht begangen werde, in fortdauernder Anerkennung besteht, das gegentheilige oben erwähnte Princip, wie solches namentlich positiv in der neuesten würtembergischen und negativ in der preußischen [63]) Rechtsprechung Ausdruck gefunden hat, schon früher in

---

Eichenau, 1827; Wichard g. Steinhöfer, 1831; Diehl g. Schick [4103] 1832; Haas g. Willert [453] 1833; Möser g. M. [8350] 12/10 1842; Wilhelm g. Fischer [8603] 2/3 1844; v. Münchhausen g. Tegtmeier [3627] 11/8 1855; Annal. VI. 501 (O. A. G. Decr. v. 24/7 1858).

61) Kaiser g. Wrisberg [7467] O. A. G. B. v. 16/12 1840; abgedr. in d. Annal. Th. I. S. 782.

62) Puth g. Koch, O. A. G. Decr. v. 23/6 1830. Die nähere Ausführung bleibt einem späteren Abschnitt der Darstellung vorbehalten.

63) Seufferts Archiv, B. VIII. Nr. 206 (S. 297), Erk. d. O. Tribunals zu Berlin v. 13/4 1853: „Der Umstand, daß das Daseyn eines Gewohnheitsrechts Gegenstand thatsächlicher Erhebungen und einer Beweisführung von Seiten der Parteien, somit auch einer thatsächlichen Feststellung seyn kann, hat keineswegs zur Folge, daß die richterliche unrichtige Annahme einer behaupteten Ge-

Hessen nicht ohne Vertretung geblieben. Veranlassung dazu gab ein auf die bekannte Streitfrage: ob die allgemeinen possessorischen Rechtsmittel auf den Quasibesitz aller dinglichen Rechte, namentlich auf deutsche servitutähnliche Gerechtsame anwendbar seyen? sich beziehenden Rechtsfall. Das oberste Gericht erkannte zwar an, daß zum Schutze dergleichen Rechte, z. B. auf Beziehung von Streuzeug, das Zehntrecht rc., possessorische Rechtsmittel, wie das interdict. uti possidetis etc. dem Gerichtsgebrauche zufolge gegeben seyen [64]). Als aber die Frage entstand: ob, wenn wider den letzteren verstoßen sey, eine Nichtigkeit begangen werde? wurde geltend gemacht, daß eine solche Annahme der Unanwendbarkeit jener Rechtsmittel auf deutsche Reallasten den klaren Principien des gemeinen und hessischen Rechtes zuwider sey, namentlich in Beziehung auf das vorliegende Summariissimum der R. K. G. Ordnung Th. II. Tit. 21 §. 3, wo dasselbe auf die possessio vel quasi angewendet werde, und auf das westphäl. Friedens-Instrum. Art. V. §. 46, 47, wo von der, auch im canonischen Rechte [65]), vorkommenden, Possessio vel quasi die Rede sey. Die Majorität entschied sich jedoch für die gegentheilige Meinung, indem namentlich rücksichtlich der erwähnten Stellen angeführt wurde, daß solche nur von der Quasipossessio im Allgemeinen, ohne die vorliegende Frage zu entscheiden, redeten [66]).

---

wohnheit dem Bereiche der Nichtigkeits-Beschwerde wegen Verletzung von Rechtsgrundsätzen (des jus in thesi) entrückt sey."

64) Gem. Densberg g. Fisc. Pr., O. A. G. Decr. v. 22/2 1843.

65) c. 2 X. de rest. spol. in 6; v. Savigny, Besitz (3. Ausg.) §. 49 S. 536 fg.

66) Isenburg g. Seifert, O. A. G. Decr. v. 30/6 1832. Der Fall ist mitgetheilt in Pfeiffers pr. Ausf. B. VII. S. 445 fg. Es war auf Schutz im Besitz der Ausübung des Zehntrechts in bestimmter Weise geklagt worden und gegen die Obergerichts-Entscheidung, welche wider den im Text gedachten Gerichtsgebrauch verstieß, die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben; das O. A. Gericht aber erklärte sie für unbegründet, indem es aussprach: wie, soviel die in der O. G. Entscheidung, „daß auf Schutz in der Ausübung eines Frohndrechts geklagt sey, eine analoge Anwendung der im röm. Rechte zum Schutz der Ausübung gewisser Rechte eingeführten Klagen auf den vorliegenden Fall unzuläßig sey", vermeintlich liegende Verletzung des materiellen Rechts des Appellanten betreffe, „eine Nichtigkeit in dieser Beziehung nur durch das Vorhandenseyn eines

3. Von selbst versteht es sich übrigens, daß die Entscheidung der Frage: ob eine Gewohnheit ꝛc. für eine unvernünftige, oder für eine auf verwerflichem Grunde beruhende zu halten sey? als Ausfluß des richterlichen Ermessens sich darstellt und namentlich in ihrer Verneinung ein Verstoß wider ein klares Gesetz nicht zu finden steht [67])

§. 9.

b. Der verletzende Richterspruch.

Im Allgemeinen ist nun nicht jeder Richterspruch, jede sententia, die gegen das Recht, welche nicht aequa, sondern iniqua (injusta) ist, eben darum schon nichtig. Es liegt ja im öffentlichen Interesse, daß die res judicata als Wahrheit und Recht gilt [68]), und darum wird auch durch des Richters Genehmigung [69]) Ungiltiges giltig [70]); selbst sein Irrthum (error) rechtserzeugend [71]), — wenn gleich freilich Unwissenheit und Nachlässigkeit

---

klaren und unzweifelhaft anwendbaren Gesetzes, woran es hier fehle, begründet werden könnte, — die nur analoge Anwendung eines Gesetzes aber, wenn sie gleich den bisherigen Gerichtsgebrauch für sich habe, dazu nicht genüge, — indem das richterliche Ermessen bei der Anwendung eines ungeschriebenen Rechtes weniger, als bei der Befolgung klarer, geschriebener Gesetze, ausgeschlossen sey." — Vergl. Pfeiffer, ebendas. S. 128 u. 146 (Rechtsf. 33).

67) Ursprung g. Gem. Wehrda [2057] O. A. G. Decr. v. 12/12 1849.

68) l. 65 §. 2 D. ad SC. Trebell. (36. 1): »Cum praetor, cognita causa, per errorem, vel etiam ambitiose juberet, haereditatem ut ex fideicommisso restitui: etiam publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem.«

69) Hiervon wird später, wo von dem Verstoß wider rechtskräftige Entscheidungen die Rede seyn wird, Specielleres angeführt werden.

70) wie z. B. die auctoritatis interpositio des falschen Tutors, wenn der Prätor decretirte »ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est«; zwar nicht ipso jure, aber »per praetoris tuitionem«, l. 1 §. 5 D. quod falso tutore (27. 6). So wurde der libertinus frei, wenn ihn ein Richterspruch für frei erachtete, l. 25 D. de statu hom. (1. 5); der Pfandnexus ist gelöst, wenn der Schuldner, obwohl per injuriam seiner Schuld ledig erkannt wurde, l. 13 D. quib. mod. pign. (20. 6).

71) l. 3 pr. D. de agnosc. v. al. lib. (25. 3): »Sive contra pronunciaverit; non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim, ejus rei judicem jus facere —.«

desselben nicht stets dem Rechte Eintrag thut [72]). In manchfacher Weise kann der Richter einer solchen Iniquitas sich schuldig machen, die entweder aus dem bösen Willen (sordibus), oder aus der Unbesonnenheit (stultitia, imperitia) des Richters ihre Entstehung herleitet [73]); denn, wie „der Weisen Mund guten Rath streuet, dagegen der Narren Herz nicht gleich also" [74]). Die richterliche Unwissenheit und Unerfahrenheit zeigt sich aber namentlich in der Unkenntniß der Gesetze [75]), in Trägheit oder Unbedachtsamkeit des Richters [76]), in Unterlassung der erforderlichen Instruirung und Erörterung der Sache [77]), darin, daß der Richter der Leidenschaft, oder dem Affect Einfluß auf sein

72) l. 1 §. 1 D. de fer. et dil. (2. 12). Nach der oratio D. Marci soll zur Zeit der Erndte eine Partei nicht vor Gericht sich zu stellen gezwungen werden: »Sed si praetor aut per ignorantiam, vel socordiam evocare eos perseveraverit, hique sponte venerint: si quidem sententiam dixerit praesentibus illis: et sponte litigantibus sententia valebit, tametsi non recte fecerit, qui eos evocarit: sin vero, cum abesse perseveraverint, sententiam protulerit, etiam absentibus illis, consequens erit dicere, sententiam nullius esse momenti; neque enim praetoris factum juri derogare oportet. Et citra appellationem igitur sententia infirmabitur.« — Aehnlich disponirt: l. 14 §. 4 D. de bon. libert. (38. 2): »Si — quis libertum eo crimine accusaverit, cujus poena non est capitis, veruntamen judicanti placuit augere poenam: non obest hoc patroni filio: neque enim imperitia, aut severitas judicantis obesse debet patroni filio, sed crimen levius importavit.«

73) l. 51 pr. D. de evict. (21. 2): »Si per imprudentiam judicis, aut errorem, emptor rei victus est: negamus auctoris damnum esse debere: aut quid refert, sordibus judicis, an stultitia res perierit? injuria enim, quae fit emptori, auctorem non debet contingere.«

74) Sprüch. Sal. 15, 7.

75) l. 17 §. 2 D. sol. matr. (24. 3): »Si in judicio dotis judex, ignorantia juris lapsus, condemnaverit maritum in solidum etc.«

76) l. 1 C. de execut. rei jud. (7. 53): »Nimis propere judex pignora Marcellae capi ac distrahi jussit ante rem judicatam. Prius est ergo, ut servato ordine, actionem adversus eam dirigas, et causa cognita sententiam accipias.«

77) l. 9 C. de judic. (3. 1): »Judicis oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, nunquid novi addere desideret: cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat sive definiendi causa per judicem, sive ad majorem potestatem referenda sit.«

Erkenntniß= oder Willens=Vermögen zu verweigern [78]), der Zerstreutheit sich zu erwehren nicht im Stande ist [79]), sein Irrthum oder seine Gunst die Gerechtigkeit nicht aufkommen läßt [80]), eine „ignava conniventia“ ihm zur Last fällt ꝛc. [81]); — immerhin bleibt darum sein Urtheilsspruch giltig und daher sagt Paulus: der Richter entledige sich seiner Pflicht des Rechtsprechens auch dann, wenn er inique sein Erkenntniß ertheile [82]).

Von einer Iniquität, im Gegensatz zur Nullität, ist aber dann namentlich die Rede, wenn der Richter nicht dem

---

78) Nov. 25 c. 3 pr. §. 1; Nov. 26 c. 3. Danach schärft Justinian ein, daß der Richter »puras conservet manus; — audientiam praebeat, et recte secundum leges, et absque omni affectu judicet«; — daß er nicht »turpi aliqua de causa legum rationem non habeat, — indigne in hoc versetur officio etc.« Daher sagt Quintilian, lib. 6 cap. 2: »Omnem inquirendae veritatis rationem judex amittit, occupatus affectibus«; und Sallust. in Catilin.: »Omnes homines, qui de rebus dubiis consultant, ab odio, ira, amicitia, atque misericordia vacuos esse decet, nam haud facile animus praevidet, ubi illa officiunt«; Callistratus in Beziehung auf Zorn und Mitleid insonderheit in l. 19 §. 1 D. de offic. praes. (1. 18): »Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrymari oportet; id enim non est constantis et recti judicis, cujus animi motum vultus detegit; et summatim ita jus reddi debet, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.«

79) Cicero in Brut.: »vides oscitantem judicem, loquentem cum altero, nonnunquam etiam circulantem, mittentem ad horas quaesitorem.«

80) l. 29 C. de appell. (7. 62): »— ubi contra hominis salutem per errorem vel gratiam cognitoris oppressa putatur esse justitia etc.«

81) l. 6 C. quor. appell. non rec. (7. 65). Obiges wird hier auf den Richter bezogen, welcher, nachdem der frühere Richter auf des Erben Antrag die Eröffnung des Testaments seines Testators verfügt hat, die Beschwerde eines Dritten (Sejus) über jene Verfügung zuläßt.

82) l. 11 D. de just. et jure (1. 1): »— Praetor quoque jus reddere (*) dicitur, etiam, cum inique decernit (**); relatione scilicet facta non ad id, quod ita praetor fecit, sed ad illud, quod praetorem facere convenit.« [* Daher heißt die Obrigkeit Schuldner der Justiz, Molinaeus ad consuetud. Paris. art. 1 glos. 5 n. 64: »Quicumque regno vel alio principatu funguntur, sunt justitiae debitores«; — (**) d. h. etwa, wie in l. 12 D. de offic. praes. (1. 18): »Non, quod Romae factum est, sed quod fieri debet, spectandum.«]

Gesetze Unrecht thut, eine sententia παράνομων ertheilt, sondern nur dem Streittheile solches zufügt (s. 'αδικον). Ein Anderes ist es: ob der Richter in seinem Urtheil ausdrücklich mit dem Gesetz direct in Widerspruch tritt, ob, wie es ausgedrückt wird [83]), bei demselben ein Irrthum begangen ist, welcher alsbald erkannt werden kann, eine manifesta iniquitas also vorliegt (expressus, error contra jus scriptum); und ein Anderes: ob das Unrecht zunächst nur als an der Partei selbst begangen erscheint, nicht die Rechtsfrage falsch entschieden, kein gesetzwidriger Lehrsatz aufgestellt worden ist, z. B. daß ein noch nicht 14jähriger testiren könne; sondern das Gesetz nur unrichtig auf das Sachverhältniß angewendet, das letztere unrichtig beurtheilt, unter eine Regel subsumirt wurde, die einem klaren Gesetze widerspricht, die iniquitas sonach nicht manifesta ist, der Irrthum lediglich contra jus litigatoris verstößt, z. B. aus factischem Irrthum, daß der Testirer wirklich 14 Jahre alt sey, erkannt ist [84]). Ein gleiches Verhältniß stellt sich in dem Falle heraus, wenn eine bestimmte Zahl von Kindern nicht als Grund

83) Vergl. z. B. Maranta, de ord. judic. P. VI. n. 116.

84) l. 19 D. de appell. (49. 1): »Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel S. Consultum, vel Constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione submotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia: unde potest causa ab initio agitari.« Ein Beispiel enthält: die l. 2 C. quando prov. non est nec. (7. 64). In Beziehung auf einen Streit des A. mit B., der Großmutter eines Testators über die Succession wird gesagt: wenn der Richter erkenne: »potuisse defunctum etiam minorem 14 annis testamentum facere, ac per hoc aviam potiorem esse: sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam nullas vires habere palam est: et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quodsi cum de aetate quaeretur, implesse defunctum 14 annum et per hoc jure factum testamentum pronunciavit, nec provocasti, aut post appellationis impletam causam destitisse: rem judicatam retractare non debet.« — Beide Stellen werden im cap. 41 C. 2 qu. 6, mit ausdrücklicher Bezeichnung der Unterscheidung zwischen Nichtigkeit, »si sententia contra jus scriptum feratur«, und dem (erforderlichen) Rechtsmittel der Provocation, »si contra jus litigatoris sententia dicatur«, wiederholt; vergl. auch c. 2. de sent. excom. in 6 (5. 11).

der Befreiung von der Vormundschaft, oder, wenn diese Zahl für nachgewiesen nicht erachtet wird[85]); und eben so, wenn es in Beziehung auf ein Erkenntniß über eine Klage auf Capital und Zinsen zweifelhaft erscheint, ob rücksichtlich der letzteren auch Zinsen von Zinsen zuerkannt worden sind[86]). Nur auf den ersten, nicht auch auf den zweiten Fall ist denn also nach den angezogenen Stellen[87]) von einer Nichtigkeit die Rede.

Streitig ist nun in Beziehung hierauf die Frage: in welcher Weise der einen Verstoß gegen das Recht enthaltende Richterspruch begangen seyn müsse? ob es genüge, wenn auch nur stillschweigends der Richter einen falschen Rechtssatz ausspricht, wenn aus der Entscheidung gefolgert werden kann, daß ihr gegen das jus constitutum streitende Ansichten zum Grunde liegen, oder, ob der Richter im Erkenntniß ausdrücklich die rechtswidrige, ihn leitende Regel ausgesprochen haben müsse? In der älteren Zeit wurde wohl an der Bejahung der letzteren und Verneinung der ersteren Frage nicht gezweifelt. Schon in der Glosse findet sich[88]) in einem einschlagenden Fall diese Annahme.

---

85) l. 1 §. 2 D. quae sent. sin. app. resc. (49. 8): »Item cum contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronuntiatur; nam si judex volenti se ex cura muneris vel tutelae, beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios, neque aetatem, aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse: de jure constituto pronuntiasse intelligitur. Quodsi de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua, aut de numero liberorum probasse: de jure litigatoris pronuntiasse intelligitur; quo casu appellatio necessaria est.«

86) l. 27 D. de re jud. (42. 1): »Praeses provinciae (in) usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones: id eoque L. Titius contra prolatam sententiam injustam praesidis appellavit. Quaero, cum non secundum legem hic Titius provocasset: an exigi posset pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae (in s.) certa quantitas continetur, nihil proponi cur judicati agi non possit.«

87) Vergl. auch c. 9 X. de sent. et re jud. (2. 27): »Item cum aliqua causa appel. re. committitur et sententia fertur iniqua eam evacuari oportet; nec ei debet stari, si iniquitatem continet manifestam.«

88) zu der oben (S. 30 Not. 51) erwähnten l. 32 D. de re jud. (42. 1).

Beziehe ich mich, heißt es in der Stelle selbst, in einem Proceß auf eine Vorschrift oder eine sententia principis (im Corpus juris, wie die Glosse hinzufügt) über die in Rede stehende Frage, wodurch die letztere für mich entschieden wird, der Richter aber entscheidet gegen mich, weil er der Ansicht ist, daß das Gesetz auf die Frage sich gar nicht beziehe, so soll nur im Wege der Appellation eine Abänderung dieser Entscheidung erfolgen können, von einer Richtigkeit aber nicht die Rede seyn. In Beziehung auf den Grund des richterlichen Erkenntnisses findet nun die Glosse denselben darin; entweder, „quia non credidit (judex) facere ad rem", oder, „etiamsi crededisset, cum non expresse, sed tacite judicet contra eam (ut l. 2. C. quando prov. non non est nec.)", und hält damit die Richtigkeit der Disposition der Stelle motivirt, im Gegensatz zu dem Fall, wo der Ausspruch expresse contra legem erfolgt ist [89]). Auch spätere Processualisten verlangen zu dem Ende daß der Verstoß „augenfällig" sey [90]). Besonders in neuerer Zeit sind dagegen die aufgeworfenen Fragen Gegenstand lebhafter Erörterungen geworden. Abgesehen von der den Gegensatz in jenen nicht scharf begrenzenden Ausführung Gönners [91]), sind es zwei Hauptansichten, von denen die eine die erste, die andere die zweite der erwähnten Fragen bejahen. Franke [92]) und vor ihm Gesterding [93]),

---

89) In dieser letzteren Beziehung heißt es in der Glosse »Prolatam« zur l. 32 cit. im Näheren: »Quidam dicunt et tertio, ubi expresse contra legem pronuntiat: ut minor 14 ann. posse testari; nam valet sententia secundum eos si putavit etiam esse quae diceret contra, et illam non valere, quae dicit eum non posse testari; vel quia correcta; vel quia non sic intelligatur; quod non placet.«

90) So z. B. Maranta, praxis s. de ordine judicior. tr. P. VI. n. 117: »— peccat sententia in se ipsa, quando continet expressum errorem, qui potest legi oculo corporali, quo casu est nulla«, unter Bezugnahme auf die den Unterschied zwischen der Testirfähigkeit eines unfähigen Erblassers aus einem rechtlichen Grund und der Annahme jener auf den Grund eines nur factischen Irrthums enthaltende l. 2 C. quando prov. non est nec.

91) Handb. d. Proc. B. III. Abth. 64 §§. 24—27.

92) Archiv f. civ. Pr. B. 19 S. 397 fg.

93) Ausbeute v. Nachf. Th. 3 S. 151.

ferner v. Bardeleben [94]) erklären sich für die bejahende Entscheidung der ersten Frage mit den Worten Franke's, dahin: Nur wenn der Richter, gleichviel ob mit dürren Worten, oder stillschweigend einen falschen Rechtssatz ausspricht, seine Sentenz eine offenbare Hintansetzung des anerkannt geltenden Rechtes enthält, ist seine Sentenz nichtig; nicht auch, wenn er auf einen Fall ein Gesetz anwendet, welches andere Voraussetzungen erfordert; hier beweist er zwar Mangel an logischem Geschick, er verletzt zwar die im Proceß unterliegende Partei durch seinen error facti oder seine falsche Subsumtion, aber der Rechtssatz, den er in seiner Sentenz ausspricht und anerkennt, ist doch in abstracto richtig: Die Sentenz ist daher nicht contra jus constitutionis, nicht nulla, sondern nur contra jus litigatoris, injusta, und kann nur mittelst Appellation angefochten werden. Für die Richtigkeit dieser Ansicht bezieht sich der genannte Schriftsteller auf die angeführten Gesetzstellen [95]). — Ihr gegenüber ist dagegen die Bejahung der zweiten Frage vertheidigt worden und zwar von Klüpfel [96]). Er findet den Grund der Unterscheidung zwischen Nullität und Iniquität des Urtheils darin, daß das röm. Recht alles Gewicht auf die formelle Aufrecht-

94) diss. de sententiar. nullitate (Berol. 1836) §. 18 (p. 37—41). Er schließt mit der Behauptung: »omne judicatum, quod contra legis rigorem sive expressim sive non expressim probatur, nullum esse.«

95) l. 1 §. 2 D. de sent. quae s. app. (49. 8); l. 19 D. de appell. (49. 1); l. 32 D. de re jud. (42. 1); l. 2 C. quand. prov. (7. 64); l. 27 D. de re jud. Zu dieser letzten Stelle bemerkt F.: Modestin urtheile darin so: Eine Sentenz, worin geradezu auf Zinseszinsen erkannt werde, sey, als dem jus in thesi widersprechend, nichtig. Es liege aber nur die Condemnations-Summe vor. Hier sey es zweifelhaft, ob nicht der Richter eine zu große Schuldsumme vor Augen habe und in Unterstellung dieser factischen Unrichtigkeit in der certa quantitas nur einfache Zinsen zuzuerkennen glaubte. Anders, wenn er auf eine bestimmte Capital-Summe erkannt und ein widerrechtlich großes Zins-Quantum zuerkannt hätte; hier würde auch nach Modestins Ansicht das Erkenntniß nicht zu halten seyn — gleichviel, ob als contra jus constitutum oder als Rechnungsfehler. Keinesfalls würde dieß Erkenntniß die actio judicati begründen. Vorliegend habe der Verurtheilte auch richtig nur appellirt, aber unförmlich, weshalb das Erkenntniß als rechtsbeständig und die actio judicati begründet erscheine.

96) Abhandl. üb. einzelne Theile d. bürg. Rechts, Abh. 5 S. 96 fg.

haltung des Gesetzes, die Gesetzesformel, die manifesti juris forma, den juris rigor lege und zu verhüten suche, daß der Richter nicht selbst gegen die Form des Rechts offen verstoße und dadurch die Heiligkeit seines Amtes gefährde. Er hebt dabei vornämlich die Ausdrücklichkeit des Widerspruchs, die Materie des Urtheils (oder Factums), mit dem Rechtssatz als unzertrennliche Einheit betrachtet, hervor, bei welcher, abgesehen von der Ausdrücklichkeit des ausgesprochenen Verstoßes, nichts darauf ankomme, hinsichtlich welchen Bestandtheils das Urtheil eine Verletzung oder einen Irrthum enthalte. Linde [97]) andererseits führt aus, daß, um ein Urtheil wegen speciellen Verstoßes gegen klares Recht als nichtig zu betrachten, nicht hinreiche, daß man aus der Entscheidung folgern könne, der Richter sey durch Ansichten, die contra jus constitutum sind, geleitet worden, vielmehr müsse im Urtheil oder in den Entscheidungsgründen expressim und specialiter die Regel, welche contra jus sey, ausgesprochen und davon Anwendung gemacht seyn. Nur insoweit dieß der Fall, sey nach röm. Rechte das Urtheil nichtig. Diese Lehre entspricht denn auch den hier vorzugsweise in Betracht kommenden beiden Gesetzen. Wenn in dem einen derselben [98]) Modestinus für den Fall, daß „expressim", „specialiter" contra juris rigorem ein Erkenntniß ertheilt war, ausspricht, es sey nicht jure ertheilt, und könne nicht gelten; es müsse daher, um es zu beseitigen, appellirt werden, und diesen Ausspruch durch ein Beispiel erläutert, so stellt zunächst schon die Anforderung des Juristen, welche er an die Beschaffenheit der Art und Weise, in welcher der Verstoß wider das Gesetz vorgebracht worden, macht, die Ansicht desselben außer Zweifel, daß nicht auch dann, wenn nicht speciell, nicht ausdrücklich, sondern nur im Allgemeinen oder folgerungsweise dem anerkannten Rechtssatze widersprechend entschieden sey, die gleiche Folge eintreten solle. Dieß drückt denn auch derselbe Jurist in einer andern Stelle seiner Schriften [99]) sehr bestimmt durch den, seinem Ausspruch zum Grunde gelegten Rechtsfall aus, welcher eine nicht ausdrücklich

---

97) Handb. d. Proc. B. 5 S. 431 fg.

98) l. 19 D. de appell. (49. 1); oben S. 39 Note 84.

99) der oben (S. 40 Note 86) abgedruckten l. 27 D. de re jud. (42. 1).

erfolgte Gesetzesübertretung zum Gegenstand hat[100]). Dieses entspricht auch der Ansicht Wetzells[1]).

Es erhellt, daß vornämlich bei dem in Frage stehenden Nichtigkeitsgrunde, die Entscheidungsgründe des Richters, dieses lange Zeit als Surrogat der Oeffentlichkeit der Rechtspflege betrachtete Mittel, die Parteien über die Bedeutung bereits erfolgter Richtersprüche aufzuklären und zwar, im Fall sie Interlocuten vorausgesetzt werden, zugleich als Mittel, auf die weiteren Verhandlungen vorzubereiten, im Beweisverfahren, vor Einschlagung einer falschen Richtung zu warnen[2]) rc., darge=

---

100) wie selbst Franke, nach dem S. 41 Note 92 oben Angemerkten ausführt. Vergl. Linde a. a. O. S. 433 fg.

1) System d. ordentl. Civilproc. §. 52 (S. 509 Not. 4): „Daß ein Urtheil »expressim« und »specialiter« im Sinn der l. 19 D. cit. (cf. c. 13 in f. X. de sent.) nicht schon dann contra juris rigorem ist, wenn sein Widerspruch gegen ein klares Gesetz aus der Decisive gefolgert werden kann, daß vielmehr der ihm zum Grunde liegende irrthümliche Rechtssatz ausdrücklich in abgesonderten Entscheidungsgründen oder in Verbindung mit der Decisive bezeichnet seyn muß, ergibt sich aus l. 27 D. de re jud. (42. 1)."

2) Ueber die Entscheidungsgründe überhaupt ist, abgesehen von den später anzuführenden praktischen Belegen, kürzlich Folgendes zu bemerken: Sie waren, da sie über die Ansicht des Richters die den Parteien nöthige Kenntniß darbieten, aus ihnen erkannt werden konnte, inwieweit er von einem thatsächlichen, oder mathematischen, oder rechtlichen Irrthum geleitet werde, welche Folgerung demnächst an die Sentenz werde geknüpft werden, nicht blos bekannt, sondern auch in vielen Fällen gebräuchlich. Beispiele für die angedeuteten sind: l. 1 §. 1 D. quae sent. sine appell. (49. 8): »si calculi error in sententia esse dicatur, veluti si judex pronunciaverit: »Cum constet Titium Sejo ex illa specie 50 item ex illa specie 25 debere, idcirco Titium Sejo 100 condemnor.« l. 1 §. 2 D. eod.: »— si judex — dixerit, neque filios, neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris, vel tutelae excusationem prodesse«; l. 7 §. 1 D. de compens. (16. 2): »Si ratio compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest.« In solchen und ähnlichen Beziehungen hing demnach Vieles von den Entscheidungsgründen ab. Man kann indessen mit Zimmern, d. röm. Civilpr. §. 137 (S. 143), nicht schlechthin sagen, „es seyen dem richterlichen Bescheide (jussus, sententia) Entscheidungsgründe einzuflechten gewesen"; da ungeachtet jener anerkannten Angemessenheit, — abgesehen von der speciellen Vorschrift, daß »qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, ejusque exemplum litigatori edere debere man-

boten waren, — ein Mittel welches da, wo, wie nach römischen und canonischen Grundsätzen (v. Note), Entscheidungsgründe nicht

---

datis cavetur«, l. 6 D. de appell. recip. (49. 5), l. 18, 19 C. de appell. et consult. (7. 62), — von einem Gebote in dieser Hinsicht nicht die Rede war, l. 59 pr. D. de re jud. (42. 1): »In sententiis sufficiet, si expresserit judex summam in sententia, solvique jusserit, vel praestari, vel quo alio verbo hoc significaverit.« Bezieht sich gleich diese Stelle zunächst nur auf den definitiven Ausspruch der Sentenz und ist es demnach zweifelhaft, ob damit deren Gründe negativ haben betroffen werden sollen; so wurde doch in der Glosse, wenn auch nicht unter Bezugnahme auf diese Stelle, der Satz, daß die Mittheilung der Entscheidungsgründe stattzufinden habe, unterstellt. Abgesehen von anderen Stellen (l. 13 §. 9 C. de judic. 3. 1; c. 9 dist. 21) wurde sich hierfür namentlich bezogen auf l. 2 §. 2 D. de his qui not. infam. (3. 2), wo von der causaria missio militum die Rede und bestimmt ist, daß »semper — debet addere cur miles mittatur«, und die l. 16 §. 2 D. de cur. fur. (27. 10), wonach der Vater, wenn er den Sohn wegen Prodigalität zu Gunsten dessen Kinder, unter Aussetzung von Alimenten für ihn selbst, enterbt, dieß nur »addita causa necessitateque judicii sui« thun soll. Indeß wurde doch zugleich angenommen, daß, wenn der Richter unterlassen habe, Entscheidungsgründe seiner Sentenz beizufügen, deshalb die letztere keineswegs nichtig werde, und daher wird denn in der Glosse »Exprimantur« zum cap. 16 X. de sent. et re jud. (2. 27) die Frage: »Sed numquid judex tenetur assignare causam, quae ipsum movet in sententia proferenda?« dahin bejaht: »quia oportet ut sciatur quid moverit judicem ad sententiam proferendam (v. c.) ad hoc ut emptor possit agere de evictione ff. de evict. et l. seq.« und hinzugefügt: »Ad hoc potest dici quod judex potest apponere causam quae ipsum movet. si tamen non apponitur, bene tenet sententia —; in causa vero appellationis bene debet apponi causa quare revocatur prior sententia, ut per hoc prioribus judicibus non imputetur —.« Damit in Uebereinstimmung bemerkt auch: Durantis specul. lib. II. p. 3 §. 8 n. VIII: »Et nota, quod quidem in prolatione sententiae post factum recitant et partium rationes, et eas quae ipsum moverint ad pronunciandum: licet necesse non sit eas in sententiae scriptura asserere — et postmodum sententiae conclusionem legunt in scriptis: et nos sic servamus —. Romanus quoque pontifex idem servat.« — Tancred, ord. judicior. (ed. Bergm.) P. IV tit. 1 §. 5: »Praeterea judex in prolatione sententiae exprimere debet actoris petitionem et ejus allegationem, deinde responsionem rei et ejus exceptionem, et quidquid in causa utrimque petitum vel allegatum est, sub epilogo referat, et eis praelibatis dicat: »visis et auditis confessionibus, attestationibus, instrumentis, rationibus diligenter investigatis et intellectis, habito multorum sapientum consilio, talem condemno, — vel absolvo. Vel aliter proferat, sicut viderit proferendum, quod sacris conveniat

schlechthin geboten waren, die Begründung der Nichtigkeitsklage,

---

canonibus seu legibus vel approbatis consuetudinibus. Quae omnia in tenore ipsius sententiae sunt ponenda. (Dafür wird sich bezogen auf: l. 16 §. 1 D. de cur. fur. (27. 10); l. 13 §. 9 C. de jud. (3. 1); c. 4 X. de prob. (2. 11); c. 1 X. de fid. instr. (2. 13); c. 70 C. 11 qu. 3; c. 2 X. de eo qui mitt. in poss. c. rei serv. (2. 8). — Veruntamen, si rationes vel allegationes partium, quae movent judicem ad sententiam, non ponantur in sententia, nihilominus valet, ut c. 6 X. de sent. et re jud. (2. 18); arg. §. 17 J. de inut. stip. (3. 20).« — J. P. de Ferrariis, praxis aurea, tit. 20 n. 26 faßt die zu seiner Zeit bestandenen verschiedenen Ansichten im Rückblick auf die Vergangenheit auf. Er unterscheidet zunächst zwischen dem Fall, wo nur eine causa (ratio) angeführt worden ist, von dem, wo mehrere in Bezug genommen waren. In jenem Fall ist die Sentenz nichtig, wenn die causa falsa ist, in diesem wird die Nichtigkeit einer solchen beseitigt, wenn neben jener eine causa vera angeführt wurde. Zugleich theilt er die Ansicht des Bartolus mit, welcher unterscheidet: ob die falsa causa von der Partei im Proceß vorgeschützt, vom Richter aber in der Sentenz nicht ausgedrückt, — oder ob sie von der Partei in Bezug zu nehmen unterlassen, vom Richter aber darauf verwiesen war; in welcher Hinsicht dann weitere Subdistinctionen entscheiden sollten. — Bei jener Ansicht, rücksichtlich der Meidung richterlicher Entscheidungsgründe, leitete wohl ein der Cautelar-Jurisprudenz entlehnter Grund. Man besorgte, es möge, wenn die für die Entscheidung angezogenen Motive unrichtig seyen, jene wohl selbst als nichtig behandelt werden, und darum hielten die Praktiker, wenigstens der späteren Zeit, nur ausnahmsweise die Mittheilung der Entscheidungsgründe für nöthig. So bemerkt z. B. Ch. König, Practica und Proceß († 1540) Th. III. Cap. CII. §. 14: „Vnd wo es der Richter vmbgehen kann, so ist es gut, das er in seinem vrteil kein vrsach setze, was jhn beweget, das er den beklagten verurteile, oder von der klage loß zele, secund. Anthon. de Butr. in c. examinata de jud. Denn wo dieselbig vrsach jrrig, vnd nicht bestendig were, so würde damit das vrteil als nichtig beredt, vnd angefochten, Joan. And. in c. sicut nobis de re jud. Wiewol die glo. alda super verbo exprimantur, sagt, der Richter mög seine vrsach, die jhn zu urteilen bewegt, ins vrteil wol setzen. Vnd so es nu gleich in gefallen des Richters stünde, das er die vrsache darein setzen möchte, oder nicht, dennoch würden im Rechten sieben Felle befunden, darinn der Richter die vrsache ins vrtheil setzen muß. De quo per Abb. in d. c. sicut nobis X. de sent. et re jud., welche allhie zu setzen das thun verziehen wollen, ein jeder mag die alda suchen vnd lesen." — Man darf annehmen, daß die Nachtheile einer solchen, nicht eben im Interesse der Justiz liegenden, Vorsichtsmaaßregel, worauf übrigens auch noch in späteren Zeiten hingewiesen wurde (vergl. H. H. Böhmer, jus ecces. proc., lib. 2 tit. 27 §. 38, Mevius P. 3. dec. 104; Gesterding, Ausbeute B. III. S. 145) fühlbar geworden seyen und eine Abstellung für nöthig haben erkennen lassen. Wenigstens erfolgten bald danach reichsgesetzliche

namentlich wegen Gesetzwidrigkeit erschwerte [3]). — Uebrigens liegt nun auch der hessischen Praxis rücksichtlich der Annahme der Nichtigkeit wegen Gesetzwidrigkeit die erwähnte zweite Ansicht zum Grunde, indem namentlich anerkannt ist, daß, wenn nur auf Schlußfolgerungen aus Rechtssätzen das Erkenntniß gebaut sey, darin keine Nichtigkeit gefunden werden könne [4]).

Davon kann auch alsdann keine Rede seyn, wenn in der Wissenschaft selbst der Ausspruch des Gesetzes als ein klarer und unzweifelhafter nicht gilt, über Sinn und Anwendbarkeit desselben unter den Juristen fortwährend Zweifel obwalten [5]); womit also nicht der Fall gemeint ist, daß ein solcher

---

Vorschriften (K. G. O. v. 1555 Th. III. 53 §. 4, 9; J. R. A. §. 60, 61; R. H. O. v. 1654, IV. 18, V. 18), wonach die rationes decidendi von dem judex a quo mit den Acten zum K. G. ꝛc. eingeschickt, von den Urtheilern verhört werden sollen. Auch da, wo privilegia de non appellando bestanden, folgten die Territorialgerichte diesem „Cameral-Styl"; dieß war namentlich in Hessen der Fall, bis endlich die Gesetzgebung der einzelnen Länder jene Vorschrift in der an späterer Stelle näher anzugebenden Weise generalisirte. Vrgl. übrigens auch: den Bundesbeschluß v. 3. Aug. 1820 Art. 5 und Brinkmann, über d. richterl. Entsch.-Gründe (Kiel 1826), sowie: Wetzell, System §. 46 S. 400, Not. 10; S. 440 fg. Hier werden die subjectiven, vom Richter dem Erkenntniß vorausgeschickten Gründe von den objectiven, dem in den Acten enthaltenen Material, unterschieden. Vergl.: v. Savigny System Th. 6 §§. 291—294. — Von der Frage, ob und inwieweit von einer Rechtskraft der s. g. subjectiven Entscheidungsgründe die Rede sey? wird später an geeignetem Orte Näheres angeführt werden.

3) In diesem Sinne bemerkt v. Bardeleben, diss. de sentiar. null. (Berol. 1836), ganz richtig, indem er auf die in der v. Note erwähnte l. 59 D. de re jud. in dem bezeichneten Sinne sich bezieht: »Cui consequens est, ut sententiae ita conceptae, quamvis juris rigorem vel maxime offendissent, semper auctoritatem obtinuissent: contra infirmata fuissent perpaucae, sed eae, quae decidendi rationibus adjectis pleniores videbantur et perfectiores.«

4) Bacharach g. Jeppe [6179], O. A. G. Decr. v. 13/3 1839. Die speciellere Nachweisung wird später erfolgen.

5) Elias g. Iffert, 1833; Schminke g. Fisc. Pr. 1836; Becker g. Becker [785] 1833. In diesem letzteren Falle wurde dem im Texte aufgestellten Satze Anwendung gegeben hinsichtlich der Auslegung der l. 10 C. de usur. (10. 32), wonach die Zuerkennung von Zinsen ultra alterum tantum nicht für nichtig gehalten wird (vergl. Glück, Com. B. 21 S. 108); — so wie in Betreff der l. 13 C. de hered. inst. (6. 24): daß der heres ex re certa als Legatar zu

Zweifel in einer früheren Periode der Rechtsgeschichte einmal, oder dermalen von einem oder den andern Juristen angeregt worden ist [6]).

Hiernach lassen sich folgende Grundsätze aufstellen:

1. Ein das Recht verletzendes, Nichtigkeit wirkendes, Erkenntniß des Richters liegt vor, wenn derselbe mit Nichtachtung seiner Pflicht (despiciens propriam salutem) gegen das Gesetz entscheidet (negligit observare, pronunciat contra constitutiones, irrogat contra gestum etc.) und zwar bestimmt [7]), „umittelbar" [8]), oder „geradezu" [9]), wie es in der hessischen Gerichtssprache ausgedrückt wird, wovon also namentlich dann keine Rede ist, wenn es an einem Gesetz mangelt [10])

2. Dem richterlichen Ausspruch muß sodann in der That der gedachte Verstoß wider das klare Recht ausschließlich zum Grunde liegen; was sich nicht sagen läßt, wenn nur einzelne Entscheidungsgründe gesetzwidrig sind, vom Urtheile selbst aber dieß nicht gilt [11]).

---

betrachten sey, worauf die Repräsentation des Erblassers und die Befugniß zur Anfechtung nicht übergeht, Hilker g. Hilker [2995] 24/1 1837; Siebert g. Mauermann [8111] 2/3 1842; im Näheren s. des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VI. S. 141 Nr. 5.

6) Seuffert's Archiv, B. V. Nr. 90 (S. 105), Erk. d. O. A. G. zu Jena v. 12/11 1835: „Nur dann wird das Urtheil nicht als contra constitutiones gesprochen und daher der gewöhnlichen Rechtskraft fähig betrachtet, wenn der Sinn des in Frage stehenden Gesetzes, oder seine Anwendung auf den vorliegenden Fall wirklich als zweifelhaft angesehen werden konnten und der Richter es deshalb nicht anwendete (l. 32 de re jud. 42. 1; vgl. mit l. 1 §. 1 quae sent. sin. appell. 49. 8). Man darf jedoch bei der letzteren Bestimmung nicht übersehen, daß im Rechte keineswegs Alles wirklich zweifelhaft ist, was etwa einmal von einem einzelnen Juristen, oder den Juristen einer gewissen Periode in Zweifel gezogen worden ist."

7) l. 19 D. de appell. (49. 1); l. 27 D. de re jud. (42. 1); l. 29 D. de leg. (1. 3): »Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit.«

8) Annal. Th. VI. S. 501.

9) Lasch g. Schallern, O. A. G. Decr. v. 1830.

10) Gegel g. v. Hohenhausen, O. A. G. Decr. v. 1/7 1826.

11) Freudenstein g. Umbach [8902] O. A. G. Besch. v. 29/7 1843, in Erw.: „daß eine Nichtigkeit nicht schon aus der Unrichtigkeit eines oder des andern Entscheidungsgrundes des angefochtenen Bescheids folgt, sondern die Acten: oder

3. Mangelt es an einem klaren und unzweifelhaften Rechtssatze, alsdann können verschiedene Fälle eintreten:

a. Der Richter stellt die thatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs, der Vertheidigung ꝛc. unter ein unanwendbares Gesetz, faßt also jene unpassend auf, oder subsumirt sie unter die unrichtige Rechtsnorm; in dieser verkehrten Identificirung der Merkmale des Gesetzes mit denjenigen des in Rede stehenden Falles bekundet sich zwar ein Mangel des Richters an dem nöthigen Geschick zur Rechtssprechung, damit erscheint aber nur die betreffende Partei selbst, nicht aber das Gesetz zugleich betroffen und verletzt[12]).

b. Eben so verhält es sich, wenn der Richter in Ansehung der Merkmale des zu entscheidenden Falles durch Unterstellung in Wahrheit nicht vorhandener falsch urtheilt, z. B. wie in dem gesetzlichen Falle der Annahme, daß der durch Kinderzahl sich excusirende Vormund nicht die nöthige Zahl Kinder besitze, obwohl dieß der Fall ist; — so wie

---

Gesetzwidrigkeit der Entscheidung selbst voraussetzt; — daß daher im vorliegenden Falle die jetzt angefochtene Entscheidung des Obergerichts nicht schon durch die Mißbilligung des für die Nachforderung von Zinsen eines abgetragenen Hauptgeld-Betrags in Bezug genommenen Grundes herbeigeführt, sondern nur dadurch begründet werden konnte, wenn die erfolgte Zurückweisung der Klage auf Bezahlung der geforderten Zinsen von der Verheirathung des Klägers bis zum Ableben ihres und des Verklagten Vaters an und für sich als den Acten oder klaren Gesetzen zuwiderlaufend sich darstellt; — daß aber dieß nicht anzunehmen stand, da die Begründung der Klage lediglich von der Auslegung der betr. nicht unzweifelhaften Stelle des Ansatzvertrags abhing, welche gleichwohl der richterlichen Beurtheilung anheim fällt und deren Ergebniß als nichtig sich nie betrachten läßt."

12) Seuffert's Archiv B. 3 Nr. 242 (S. 258), Erk. d. O. A. G. zu Lübeck v. 30/11 1846: „Selbst wenn man unter den defectus ex substantialibus processus des J. R. A. mit manchen älteren und neueren Schriftstellern auch materielle Verstöße im Inhalt eines Erkenntnisses begreifen wollte, würde doch in unrichtiger Auffassung und mangelhafter Würdigung eines factischen Parteivortrags keine Nullität liegen, weil auch dann immer nur ein Verstoß contra jus in thesi und contra rem judicatam in Betracht kommen könnte, nicht aber bloße Irrthümer des Richters über die factischen Verhältnisse (l. 32 de re jud. 42. 1; l. 1 §. 2 quae sent. sin. app. 49. 8; l. 1, 2 C. quando prov. 7. 64). Wenn der Kläger meint, die falsche Auffassung seines Vortrags stehe einer Versagung des rechtlichen Verhörs gleich und sei folglich ein Mangel im Verfahren, — so bedarf dieß keiner Widerlegung."

c. wenn der Richter die Grundregeln bei Auslegung der Gesetze fehlerhaft anwendet, eine unpassende und falsche Analogie geltend macht; denn da das ganze Recht nicht in bestimmte Sätze sich auflösen und zusammenfassen läßt, der Richter also zur Abstrahirung von Rechtsprincipien aus unzweifelhaften Bestimmungen der Gesetze nöthigenfalls schreiten muß [13]), so ergibt sich auch für einen solchen Verstoß, daß derselbe ein Product nicht des Mangels an Kenntniß, sondern nur der unrichtigen Auffassung des Rechtes ist und als solches in den Kreis des richterlichen Ermessens fällt.

4. Mit den unter 3) erwähnten Principien steht es nicht im Widerspruch, daß der auch nur im Wege der Auslegung wesentlicher processualischer Grundsätze ermittelte Verstoß gegen solche, — wie später näher gezeigt werden wird, — die Nichtigkeit begründet, indem dieß auf einem von den dermalen in Rede stehenden Nichtigkeitsgrund verschiedenen Grunde beruht.

§. 10.

b. Verstoß wider die Acten.

Wie der Verstoß gegen klares, unzweifelhaftes Recht, so begründet auch der wider die offenbare Hintansetzung des Inhalts der Verhandlungen Nichtigkeit. Es steht das mit der Unterscheidung zwischen der Verletzung des jus in thesi und in hypothesi, dessen (im §. 9) gedacht worden, in Verbindung. Im römischen Rechte wird als solcher die Nichtbeachtung der einfachen Regeln des Rechnens, ein error calculi (e. computationis) [14])

13) l. 12 D. de legib. (1. 3): »Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita dicere debet«; l. 13 D. eod.: »— quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est: bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.«

14) Paul. 5. 5a. 11; l. 1 §. 1 D. quae sent. sine app. (49. 8). T. schuldet dem S. 50 + 25; daher wird T. in 100 verurtheilt. Für einen solchen Irrthum wird bestimmt, daß eine Appellation nicht erforderlich ist und daß er »citra provocationem corrigitur« und zwar durch einen »hujus quaestionis

angeführt, im canonischen Rechte aber ein „intolerabilis error", z. B. „in sententia excommunicationis patenter expressus"[15]) als Nichtigkeitsgrund[16]) und nach deutscher Lehre und Praxis überhaupt Actenwidrigkeit („error in facto manifestus et notorius") als solcher betrachtet[17]). Gerade hier bietet aber, der Natur der Sache nach, vorzugsweise die Praxis den Stoff zur

---

judex.« Die Glosse zu dieser Stelle unterschied jedoch zwischen einem expressus und non expressus error und legte nur jenem die Folge der Nichtigkeit bei. Die spätere Doctrin (vergl. v. Bardeleben, l. cit. §. 21, p. 49) wie auch die Praxis knüpfte aber an die Worte des Gesetzes: »Sed etsi hujus quaestionis judex« an und hielt dafür, daß die Sentenz nicht nichtig sey und von dem Richter verbessert werden könne. Cf. l. un. C. de error. calc. (2. 5).

15) c. 40 X. de sent. excom. (5. 39); c. 36 X. de off. et post. jud. del. (1. 29).

16) Die älteren italienischen Juristen waren darüber indeß nicht einig. Die Glosse »Intolerabilem errorem« zum c. 40 X. cit. erörtert die Frage, was ein solcher sey; bezieht ihn auf das Recht und auf das Factum und bemerkt rücksichtlich des letzteren: »sed si error est in facto, ut si hoc modo dicatur, excommunico te quia exspoliasti talem, licet manifeste sit falsum tenet sententia, quia talis possibilis est, licet sit falsa, nec continet errorem et sententia s. justa s. injusta timenda est. Arg. contra quod talis error facit eam nullam, sicut error calculi, — talis error facit exhaeredationem nullam, — sicut nec valet decretum de datione tutoris ubi error facti est expressus, — sic et obligatio per errorem facti non tenet —. Quid ergo dices, credo quod in sententia excommunicationis lata per errorem facti (ut dictum est) tutius sit dicere quod teneat et quod absolvatur quo ad ecclesiam vel saltem ad cautelam —.« Tankred dagegen stellt, unter Bezugnahme auf l. 1 §. 1 D. quae sent. sine (49. 8), c. 40 X. de sent. excom. (5. 39), den entgegengesetzten Satz auf: »Vel si (sententia) continet in se expressum errorem, non valet.«

17) Wetzell, a. a. O., S. 150 Not. 5 und die daselbst Angeführten; wobei insonderheit auch H. Vultejus, de judic. lib. 4 c. 1 n. 17 anzuführen ist. Denn, wenn auch, führt derselbe aus, die quaestio facti in das Arbitrium des Richters gestellt, von ihm also zu erwägen sey, ob und was bewiesen werden müsse, so stelle sich doch dieß als ein arbitrium boni viri dar; dieß könne aber nie dahin führen, einen offenbar falschen Thatumstand für wahr zu erklären. Denn ginge dahin sein Urtheil, dann wäre er nicht bonus vir, nicht judex, sein Urtheil daher nichtig. Bei zweifelhaften Verhältnissen sey also sein Urtheil arbiträr, nicht aber in notoriis. »Facti notorii et manifesti jus notorium est et manifestum; facti dubii jus in se quidem est manifestum, sed de eo facto, de eo jure nondum constat.«

Entwicklung der Grundsätze dar, bei deren Beobachtung allein von einer solchen die Rede seyn kann [18]).

§. 11.

c. Verstoß gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß.

In ähnlicher Weise, wie der Verstoß gegen klares Recht, begründet auch der wider ein rechtskräftiges Erkenntniß, im Gegensatz zu andern Verfügungen [19]), dessen Nichtigkeit. Nach römischen Rechte, war es das endliche, welches an die Stelle des bis dahin Streitigen ein Unstreitiges setzte. Durch dasselbe erschien die für diese Sache bestehende Zuständigkeit des Richteramtes geschlossen [20]), es wurde, gleich dem unzweifelhaften Rechte, für Wahrheit angenommen [21]) und zwar sowohl hinsichtlich des Factums, — wenn auch nicht der Sache, doch der gesetzlichen Unterstellung nach, — als in Ansehung des Rechts, das aus jenem folgte; indem es mit dem öffentlichen Interesse unverträglich erschien, das durch die obrigkeitliche Autorität einmal Anerkannte nicht aufrecht zu erhalten [22]). „Denn entweder führte der zweite Rechtsstreit zu demselben Ziele, wie der erste, dann verbot schon die Schwurgerichts-Verfassung den unnützen zweiten Proceß,

---

18) An einem späteren Orte wird in dieser Hinsicht das Nähere anzuführen seyn.

19) Vergl. im Näheren: Wetzell, System §. 51 (S. 493 fg.)

20) l. 55 D. de re jud. (42. 1): »Judex postea, quum semel sententiam dixit, judex esse desinit; et hoc jure utimur, ut judex, qui semel, vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est.« Das Urtheil trug nunmehr den Charakter der Unabänderlichkeit für den Urheber an sich, l. 42, 62 D. eod.; l. 19 §. 2 D. de recept. (4. 8); in Beziehung auf die »subscriptio ad libellum« l. 3 C. commin. (7. 57). Vergl. Zimmern, röm. Civilpr. §. 137.

21) l. 207 D. de reg. jur.; l. 29 §. 5, l. 59 §. 3 D. mand. (17. 1); l. 37 §. 6 D. de op. lib. (38. 1).

22) Der »jussus praetoris« sollte, wenn er auch von diesem »per errorem vel ambitiose« ertheilt war, aufrecht erhalten werden, »propter rerum judicatarum auctoritatem«, l. 65 §. 2 D. ad S. C. Trebell. (36. 1); l. 5 C. de re jud. (7. 52): »Nec enim restaurari finita, rerum judicatarum patitur auctoritas«; l. 20 C. de transact. (2. 4).

oder dieser widersprach dem früheren, dann hätte, wenn man nicht in dem ersten Entscheide den unumstößlichen Staatsspruch erblickte, eine unauflösliche Verwirrung entstehen müssen" [23]). Einem solchen wiederholten, giltig gewordenen, Ausspruche wurde demnach die Bedeutung der rechtlichen Existenz versagt, so daß es der Appellation (Provocatio) nicht bedurfte, um diesen Mangel wirksam geltend zu machen [24]); es wurde daher derselbe, so wie die dadurch begründete Nichtigkeit auch durch die Fortsetzung der desert gewordenen Appellation wider das frühere Erkenntniß nicht für beseitigt angenommen [25]), jedoch als Cautel die Vorschützung der daneben gesetzlich gegebenen exc. rei judicatae [26]) und eben so die Ergreifung der Appellation wider das Urtheil von den älteren Juristen empfohlen [27]). Erfordert wird aber, we-

---

23) l. 6 D. de exc. rei jud. (44. 2); vgl. Rudorff, röm. Rechtsgesch. B. II. §. 78 (S. 262).

24) l. 1 pr. D. quae sent. sine app. resc. (49. 8): »Si quaeratur, judicatum sit nec ne, et hujus quaestionis judex non esse judicatum pronunciaverit, licet fuerit judicatum: rescinditur, si provocatum non fuerit«; l. 1 C. sent. resc. non pos. (7. 50) v.: »nec necesse esse ab hujusmodi decreto (sc. »retractatio sententiae«) interponere provocationem explorati juris est«; l. 9 C. de sent. et interl. (7. 45): »Post sententiam, quae finibus certis concluditur, ab eo, qui pronunciaverat, vel ejus successore, de quaestione, quae jam decisa est; statuta rei judicatae non obtinent auctoritatem«, l. 1 C. quando prov. non est nec. (7. 64) v.: »vires non habere«, »sententiae auctoritatem non obtinebit.« — Das canon. Recht wiederholte das, c. 41 §. Item si C. 2 qu. 6: »Item si sententia lata fuerit contra res prius judicatas, a quibus provocatum non est, sententiae auctoritatem non obtinere et ideo appellare non est necesse«; l. 2 C. ut lit. pend. (1. 21), l. 3 C. sent. resc. non poss. (7. 50).

25) c. 6 Cl. de appell. (2. 12): »Si appellationem per negligentiam appellantis desertam appellans ipse cum appellato, aut appellatus etiam per se et principaliter prosequatur: non ideo minus in rem judicatam censebitur transivisse sententia, a qua fuerat appellatum.«

26) tit. de exc. rei jud. (44. 2); l. 9 §. 11, l. 11 §. 3; l. 24 D. eod.; vgl. Rudorff, a. a. O. S. 262.

27) J. P. de Ferrariis, praxis aurea, tit. 20 n. 21: »et per hoc potest assumi cautela, quando petitur executio secundae sententiae revocatoriae primae et contra executionem excipitur de sententia prima, quae transivit in rem judicatam, quod nisi actor probet de appellatione legitime interposita et de delegatione causae succumbat in ea.«

nigstens nach canonischem Rechte, daß die Partei auf das frühere Urtheil sich bezogen habe [28]).

§. 12.

d. Urtheil auf falsche und neue Beweismittel.

Es ist hiernächst die Streitfrage hier zu erwähnen: ob auch dann, wenn eine Sentenz auf den Grund falscher Beweismittel, insonderheit falscher Zeugen und Urkunden mit Ausnahme des freiwilligen Eides [29]) ergangen wäre, nichtig sey? [30]).

---

28) c. 20 X. de sent. et re jud. (2. 27). Die Stelle betrifft einen Streit zweier Klöster, A. und L., über die Wahl eines Abts; indem jedes aus seiner Mitte wählt. Der Diöcesan-Bischof beanstandet daher die Bestätigung der getroffenen Wahlen. Zur Schlichtung des Streits wird auf den Antrag des Klosters L. eine Commission bestellt, im Laufe des Processes aber derselben in Folge Recusations-Gesuchs des Klosters A. eine andere substituirt und von dieser die Wahl des Klosters L. bestätigt. Dieß veranlaßt die Appellation des Klosters A., welches sich dabei auf eine zu seinen Gunsten erfolgte Entscheidung der früheren Richter bezieht. Darauf erging der päpstliche Ausspruch: »Non obstante sententia quae pro monasterio sancti A. dicebatur fuisse prolata quae tamen nobis ostensa non fuit: cum si a praedictis judicibus fuisset ostensa, ea posthabita contrarium statuissent: alioquin eam objicientibus imputetur, cum sub praetextu novorum instrumentorum lites non debent instaurari: Factum priorum judicum ratum et firmum habemus et eorum sententiam confirmantes etc.«

29) In Ansehung desselben ist vorgeschrieben, daß es »propter jurisjurandi religionem« bei demselben, auch wenn ein Meineid stattgefunden hätte, sein Verbleiben haben soll, l. 21 D. de dolo (4. 3): »Quodsi, deferente me, juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum: Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jurisjurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus — probat; stari enim religioni debet«; l. 31 D. de jurejur. (12. 2). Rücksichtlich des richterlichen Eides dagegen findet ein Gleiches nicht statt, l. 31 D. cit. Außerdem ist von Justinian verordnet, daß ein Legat und Fideicommiß, welches Jemandem in Folge eines Meineids zuerkannt worden, zurückgefordert werden kann, l. 13 C. de reb. cred. (4. 1).

30) Vergl. über die Literatur: Röder, Beiträge z. Lehre v. d. Nichtigk., S. 32, u. Klüpfel, üb. einz. Theile d. bürg. R. §. 31 fg. (S. 164). — Die Frage ist also verschieden sowohl von der: ob ein Gleiches anzunehmen stehe, wenn der Sentenz eine falsa ratio? als von dem, wenn ihr eine Actenwidrigkeit zum Grunde liege? Davon, daß in der ersteren Hinsicht mit einer Verneinung (S. 46 fg.), in der anderen mit einer Bejahung (S. 50 fg.) zu antworten sey, ist schon früher die Rede gewesen.

Die Lehre der älteren Juristen seit Bartolus, wie sie nament- von J. P. de Ferrariis [31]) mitgetheilt wird, ging dahin: Es sey zu unterscheiden: ob ein solches Urtheil gegen einen Minderjährigen, oder gegen einen Volljährigen ergangen sey. Im ersteren Falle sey es ipso jure nichtig, im letzteren aber zu unterscheiden: ob es wider einen Anwesenden oder gegen einen Abwesenden erfolgt sey. In jenem Falle könne, je nachdem ein Dolus des Gegners mitgewirkt habe, oder nicht, nur durch Restitution, oder Appellation geholfen werden. In diesem entscheide gleichfalls diese Frage rücksichtlich das dolus; seine Existenz habe die Nichtigkeit des Urtheils, sein Mangel die Begründung der Restitution zur Folge [32]). In der späteren Zeit [33]), insbesondere neuerdings wurde überhaupt gelehrt, daß diejenigen Urtheile, welche auf falsche Beweismittel, z. B. auf verfälschte Urkunden, bestochene Zeugen gegründet seyen, als ungiltig betrachtet werden müßten, vorausgesetzt, daß der jene Ungiltigkeit Behauptende, solche auch beweise, namentlich also die Falschheit des Zeugnisses ꝛc. sowie daß der Richter in Folge dessen so wie geschehen erkannt habe [34]).

Geht man nun davon aus, daß nach römischem Rechte eine

---

31) (Prof. zu Pavia seit 1389) praxis aurea (Sammlung von Libell-Formularen und Commentaren, angef. 1400, gedruckt seit 1473) tit. 20 n. 25.

32) Das stimmte indeß nicht mit der Lehre der Glossatoren überein, wie sie aus Durantis l. cit. §. 9 n. 8—12 hervorgeht, wonach die Sentenz ipso jure giltig war, aber auf vierfache Weise sollte rescindirt werden können: 1. durch die querela falsi (criminaliter) 20 Jahre lang (nach l. 12 C. ad l. Corn. de fals.); 2. durch Restitution; 3. durch eine actio in factum (l. 15 D. eod.); 4. von Amtswegen binnen 30 Jahren. Nur auf causae matrimoniales und spirituales bezog sich die päpstliche Vorschrift, daß darauf gerichtete Sentenzen stets sollten zurückgezogen werden können.

33) Donell. in comment. ad l. 33 tit. D. de re jud. bezeichnet die sententiae ex falsa causa als per exceptionem nullae und stellt sie mit denjenigen, welche Unmögliches auflegen, welche gegen Gesetze verstoßen und einen offenbaren Rechnungs-Irrthum enthalten, mit der Bezeichnung von sententiae injustae, unter gleichen Gesichtspunct.

34) Gesterding, Ausbeute, Th. III. S. 142. 144. Auch Linde, Handb. B. V. S. 456 ist auf den Grund verschiedener Vorschriften des can. Rechts — c. 9 X. de prob. (2. 19), c. 9 X. de test. (2. 20), c. 22 X. de sent. (2. 27), c. 2 X. de crim. fals. (5. 20), c. 6 X. de except. (2. 25) der Ansicht, daß ex falsa causa das Urtheil nichtig sey.

Sentenz nur alsdann als nichtig erscheint, wenn Erfordernisse des Verfahrens vermißt werden, Verstöße wider dieselben begangen worden sind, so muß man rücksichtlich eines auf dergleichen falsche Voraussetzungen gegründeten Urtheils sagen, daß keins jener Erfordernisse an demselben mangelt. Es ist auf den Grund gehörig stattgehabter Verhandlungen (nach dem ordo judiciorum), unter Wahrung der vorgeschriebenen processualischen Formen also, ertheilt und zur Kenntniß der Parteien gebracht, und wie eine obligatio dadurch, daß sie z. B. durch eine exceptio doli unwirksam gemacht worden, gleichwohl als solche gilt [35]), so läßt sich dieß auch von dem Judicat sagen. Nach römischem Recht hat aber wer durch den Dolus des Gegners verletzt wird, einmal die actio de dolo (resp. die Einrede oder Replik aus solchem) [36]), welche, ihrer Richtung nach, weiter führte, als die Wirkung der Nullität. Daneben aber steht ihm auch die Restitution zu [37]), und zwar auch ohne, wie jenes Rechtsmittel, den Dolus des Gegners zur Voraussetzung zu haben. Weder in Folge der Einrede ꝛc. des Dolus noch der Restitution wird also die Sentenz unwirksam; durch Beide aber ausreichende Rechtshilfe nach römischem Recht dargeboten [38]), folgeweise die Geltendmachung einer Nichtigkeitsbeschwerde wegen falscher Beweismittel ausgeschlossen [39]). Anders verhält sich indeß dieß auch nach canonischem Rechte, indem hier, abgesehen von der doli exceptio des römischen

---

35) l. 23 §. 3 D. de cond. indeb. (12. 6).

36) l. 9 D. de dol. exc. (44. 4), l. 75 D. de jud. (5. 1), l. 18 §. 4 D. de dolo (4. 3), l. 11 D. de except. (44. 1).

37) l. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4. 1). Die Gesetze bezeichnen dieß mit den Worten: »causae instauratio jure deposcitur« (Paul. V. 5 §. 9), »causa in integrum restituenda« (l. 33 D. de re jud. 42. 1); »ex integro de causa audiuntur« (l. 2 C. si ex falsis, 7. 58); »de causa denuo quaeritur« (l. 1 C. de advoc. div. jud. 2. 8); »judicium in irritum vocari« — sc. in int. restitutione — l. 3 C. si ex fals. instrum. (7. 58).

38) v. Bardeleben, l. cit. §. 22 (p. 49—59).

39) Dieß ist auch in der hess. Praxis z. B. durch den Ausspruch anerkannt worden, daß die Behauptung der Falschheit einer Insinuations-Bescheinigung, worauf ein Contumacial-Erkenntniß gegründet worden war, zwar ein Restit.-Gesuch wider dieses, nicht aber eine N.-Beschwerde begründe, Bohl g. Marburg. Schulkasse, O. A. G. D. v. 1832; vergl. Schneider g. Mittler [6052] 1840.

Rechtes[40]), bestimmt wird, daß binnen zwanzig Jahren hinsichtlich einer auf den Grund falscher Urkunden und Zeugen erwirkten Sentenz eine Retractatio solle stattfinden können[41]). Und auch die Praxis mancher obersten Gerichte hat im Grundsatze wenigstens die Zuläßigkeit der Nichtigkeits-Beschwerde unter der Voraussetzung jedoch, daß die Echtheit des Beweismittels, z. B. der Urkunde, vor Ertheilung des Erkenntnisses außer Zweifel war und die Fälschung erst später dem Verletzten bekannt wurde, anerkannt[42]), ja selbst in Beziehung auf den Eid, alsdann ein

---

40) c. 6 X. de except. (6. 25), c. 9 X. de prob. (2. 19).

41) c. 6 §. Licet. X. cit.: »Licet autem nimis excesserit qui transcriptum illius instrumenti falsavit, quia tamen delictum personae in damnum ecclesiae redundare non debet, ac non solum ante sententiam, verum etiam post objici potest exceptio falsitatis, cum falsorum instrumentorum praetextu lata sententia usque ad 20 annorum spatium valeat retractari veritate comperta: nolumus ut per id monasterio vestro praejudicium generetur.« Vergl. dazu die ebenwohl von einer hier statuirten Nichtigkeit ausgehende Glosse »Veritate comperta«, welche mit der Erörterung der Frage sich befaßt: ob, wenn die Sentenz ipso jure nichtig sey, solche nach Ablauf jener Zeit von 20 Jahren solle giltig werden können? da doch, was von Anfang an ungiltig sey, durch Zeitverlauf einen unverletzten Zustand nicht zu erlangen vermöge. — Vergl. übrigens auch: c. 9 X. de test. (2. 20), worin gleichfalls bestimmt wird, daß ein Urtheil solle retrahirt werden können, wenn feststehe, daß es auf die Aussagen bestochener Zeugen gebaut sey; und c. 22 X. de sent. et re jud. (2. 27), welche rücksichtlich der Zeugen, »qui conspiratores et contradicente parte recepti« waren, ein Gleiches unter der Voraussetzung jedoch anordnet, daß der Richter gerade auf das falsche Zeugniß hin so wie geschehen geurtheilt habe; insond. die Worte: »vel licet de hoc« (daß die wider einen wegen Meineids, Simonie 2c. in Untersuchung genommenen Abt vernommenen Canonici als conspiratores zu betrachten seyen) »constaret: appareat tamen illos nihil super his deposuisse, pro quibus idem abbas fuit amotus —.«

42) Seuffert's Archiv B. 7 Nr. 135, Erk. d. Obertribunals zu Stuttgart v. 7/5 1853 (v. 16/1 1849 u. 10/6 1853). Ein zur Zahlung rechtskräftig verurtheilter Bürge focht das Urtheil als nichtig an, weil die in der Bürgschafts-Urkunde enthaltenen, angeblich von ihm beigesetzten, drei Kreuze nicht von ihm herrührten, sondern gefälscht seyen. Nun kann zwar nach der Bestimmung des württembergischen Landrechts Th. I. Tit. 56 §. 12 ein Urtheil, das auf eine falsche Urkunde gebaut ist, als nichtig angefochten werden; allein hierbei wird wesentlich vorausgesetzt, daß die Echtheit der Urkunde vor der Fälschung und Eröffnung des angefochtenen Erkenntnisses unbestritten war und deren Fälschung dem Querulanten erst nachher bekannt wurde. In dem vorliegenden Falle hat

Gleiches angenommen, wenn die im geeigneten Wege, d. h. nach vorgängigen Straf- resp. im Civil-Verfahren, angestellten Ermittelungen solchen als einen falschen herausstellten [43].)

---

aber der Beschwerdeführer schon in den beiden vorigen Instanzen die Falschheit der auf der Bürgschafts-Urkunde beigesetzten drei Kreuze behauptet; es bildete dieß gerade den Hauptgegenstand aller Verhandlungen, und vom Richter zweiter Instanz wurde daher auch die fragliche Behauptung einer ausführlichen Würdigung unterworfen und auf deren Grund dieselbe als unrichtig erkannt. Die Ausführung in der Nichtigkeitsklage ist daher nichts anderes, als der Versuch einer Widerlegung der von dem Kreis-Gerichtshofe geschehenen Würdigung der angefochtenen Urkunde; diese aber, wenn sie auch gelungen wäre, würde das Erkenntniß jedenfalls nur als beschwerend, keineswegs aber als nichtig darstellen, da die angeblich irrige Beurtheilung eines Falles keinen Nichtigkeitsgrund abgibt.

43) Seuffert's Archiv B. 10 Nr. 321 (S. 447), Erk. d. O. A. G. zu Jena v. 1855. Nachdem der Kläger den ihm über eine Einrede deferirten Eid geleistet hat, wird der Verklagte zur Zahlung einer Summe verurtheilt. Er deponirt sie und erhebt zugleich auf den Grund der Behauptung wahrheitswidriger Eidesleistung Nachklage auf Entkräftung jenes Urtheils. Das oberste Gericht verwirft sie aber aus folgenden Gründen: Die Unwahrheit der Einrede ist durch den Eid des früheren Klägers und den rechtskräftigen Bescheid festgestellt; sie begründen formelle Wahrheit und Gegenbeweis dawider steht dem früheren Verklagten vorerst nicht zu. Dem letzteren liegt es daher zunächst ob, den gedachten Meineid in subjectiver Hinsicht als Meineid nachzuweisen und dadurch den Eid und das darauf gebaute Erkenntniß, das, wenn es auf Meineid beruht, von selbst nichtig ist, zu beseitigen. Erst folgeweise hat er dann auch den Beweis der objectiven Unwahrheit des Beschworenen zu führen, um den durch den Meineid materiell verursachten Schaden darzuthun. Regelmäßig wird zur Führung dieses Beweises des Meineids in subjectiver Hinsicht eine Criminal-Untersuchung zu veranlassen seyn, auf deren Ergebniß man sich dann, wenn sie eine peinliche Bestrafung zur Folge hat, im Civilproceß zur Wegräumung der Rechtskraft zu beziehen hat. Will man aber auch zugeben, daß nicht nothwendig eine solche Untersuchung vorangehen müsse, man vielmehr den Beweis im Civilweg herstellen könne, so muß doch immer der Meineid vorerst in subjectiver Beziehung als solcher substantiirt seyn, namentlich durch Darlegung späterer Facta, z. B. eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Geständnisses des Meineids, einer Berühmung desselben oder dergl., womit dann allerdings nach der Eventualmaxime der Beweis der objectiven Unwahrheit des Beschworenen zu verbinden ist. Man kann nicht sagen, die Frage, wie der Beweis des Meineids zu führen sey? gehöre erst in die Beweis-Instanz, und für das erste Verfahren sey es hinlänglich, wenn nur im Allgemeinen in der Klage behauptet sey, der frühere Kläger sey meineidig. Denn es handelt sich nicht um die Zulässigkeit dieses oder jenes Beweismittels, sondern um den Beweissatz, dessen Feststellung in das erste Verfahren gehört, um Substantiirung der Klage.

§. 13.

e. Urtheil auf neue Beweismittel.

Durch Auffindung neuer Beweismittel nach Ertheilung des Erkenntnisses kann begreiflicher Weise dieses nicht rückwärts nichtig werden [44]).

§. 14.

B. Voraussetzungen hinsichtlich der Form und Publication der Sentenz.

Rücksichtlich der äußeren Form, in welcher die Sentenz ins Leben trat, waren namentlich in dem Verfahren, wie es sich auf der Grundlage des römischen Processes in Italien ausbildete, sehr ins Einzelne gehende Grundsätze in der Doctrin angenommen, beziehungsweise gesetzlich sanctionirt worden. Sie alle zeugen von dem tiefen Ernst, mit welchem man den richterlichen Act, durch welchen der ganze Streit seinen Abschluß erhalten sollte, und der dauernde Wirksamkeit zu erhalten bestimmt war, behandelte. Selbst im ersten Augenblicke ins Lächerliche fallende Einzelnheiten, über deren Bedeutung gestritten wurde, wie z. B. rücksichtlich der Frage: ob die Publication einer Sentenz vom Thurm oder vom Pferde herab eine Nichtigkeit jener begründe, gestatten eine andere Auffassung [45]), wenn man sich der Zeit des Mittelalters erinnert, welcher sie ihren Ursprung verdanken, und worin ja keineswegs aller Orten der Richter vom Burgfrieden umgeben war. Es kommen hier nun zunächst in Betracht die Formen, welche sich beziehen auf

I. Die Ertheilung der Sentenz. Zur Zeit, zu welcher noch der Formular-Proceß galt, die Streittheile vor dem Judex verhandelten, war von einer schriftlichen Aufzeichnung noch nicht die Rede, die Eröffnung des Urtheils konnte sonach auch nach einer Urkunde nicht erfolgen. Der Kaiserzeit erst gehört der auf die Abfassung einer solchen

---

44) c. 20 X. de sent. et re jud. (2. 27) verb.: »cum sub praetextu novorum instrumentorum lites non debeant instaurari.« c. 21 in f. X. eod.

45) Vergl. z. B. die Bemerkung Briegleb's, Einleit. in die summar. Proc. S. 65.

sich beziehende Gebrauch an [46]), dem aber ein solcher Nachdruck gesetzlich ertheilt war, daß einem nicht schriftlichen Urtheil nicht einmal die Bedeutung einer Sentenz beigelegt [47]) und, für den Fall, daß dieses nicht abgelesen (recitirt) worden wäre, die Nichtigkeit als Folge bestimmt wurde [48]). Als Kennzeichen der in dieser Weise erfolgten, schriftlichen Abfassung betrachtete man, wenn beim späteren Gebrauch eine Frage danach entstand, den Umstand, daß die Schrift in der ersten Person abgefaßt war; in diesem Fall sollte nämlich vermuthet werden, daß jene erfolgt sey, wenn aber in der dritten Person, alsdann das Gegentheil [49]). Indessen wurden doch in gewissen Fällen Ausnahmen von jener Vorschrift gestattet, und die schriftliche Abfassung namentlich nicht erfordert: wenn die Rechtsstreite „breves," „leves" waren und besonders, wenn sie „viles personae" betrafen [50]); — auch konnte der Bischof über die ihm Untergebenen [51]), — und der Papst überhaupt ohne diese Form erkennen [52]); eben dieß galt in allen Sachen, in denen es der Einreichung eines Klaglibells nicht bedurfte, wo also de plano procedirt wurde, sowie in Ehesachen [53]). — Die Sprache, in der das Urtheil abzufassen war, war anfänglich nur die lateinische [54]), später auch die griechische [55]). Würden Urtheile in einer fremden Sprache verkündigt, so müßte man hiernach jene selbst, wenigstens im Fall der Unkenntniß derselben Seitens der Parteien, für nichtig zu erachten haben, da Urtheile zum Verständniß

---

46) Seneca, de benefic., III. 7; Sueton. Claud. 15. Vergl. Zimmern, röm. Civilproc. §. 137 (S. 415).

47) l. 3 C. de sent. ex periculo (breviculo) recitandis (7. 44), wiederholt im c. 7 in f. C. 2 qu. 1.

48) l. 1—3 C. de sent. ex peric. (7. 44); c. 1 X. de treug. et pac. (1. 34), worin von einer sent. excommunicationis, c. 11 X. de prob. (2. 19), woselbst von der Aufzeichnung der »universa acta judicii« nach einem Kataloge derselben die Rede ist.

49) Durantis, specul. lib. II. p. 3 n. VII.

50) Auth. Nisi C. de sent. ex peric. recit. (7. 44).

51) Auth. cit. in f. Nov. 17, 3; 83 pr.

52) Seine Gegenwart galt als Surrogat jeder Solennität, Durantis, l. c.

53) c. 43 X. de test. (2. 20). — Durantis, l. c.

54) l. 48 D. de re jud. (42. 1): »Decreta a praetoribus latine interponi debent«; Dirksen, civilst. Abhandl. Nr. 1.

55) l. 12 C. de sent. (7. 45).

Seitens der Parteien bestimmt sind, die Kenntniß einer fremden Sprache aber im Allgemeinen nicht zu unterstellen ist. — Auch die körperliche Haltung erschien, bei der auf die öffentliche Darstellung berechneten Justizpflege, als ein Gegenstand nöthiger Bestimmung; und da man, wie auch in Deutschland [56]), die sitzende Haltung als die des, vom Richter erwarteten, ruhigen Nachdenkens sich dachte [57]), wurde, was als natürliche Disposition eines Menschen in solcher Verfassung zu betrachten war, zur, selbst für substantiell erachteten, Vorschrift erhoben.

II. In Beziehung auf die Publication (Recitation) der Sentenz insbesondere ist, außer dem Angeführten, vorgeschrieben, daß solche geschehen muß: 1. vom Richter selbst [58]), und zwar nach der zuvor durchgesehenen und wo nöthig verbesserten schriftlich abgefaßten Sentenz (Libell) [59]); 2. in Gegenwart

---

56) Maurer, Geschichte d. altgerman. Gerichtsverfahrens §. 92 a. (S. 120). Die alte Söst'sche Gerichtsordn. Tit. 1 schreibt vor: „Der Richter soll sitzen auf dem Richterstuhl als ein griesgimmender Löwe und soll den rechten Fuß schlagen über den linken" 2c.

57) Durantis l. c.: »judicis enim est sedere, cum res quae agitur, plenam considerationem desiderat.« Der Prätor und wie der frühere, auch der spätere Judex werden stets sitzend gedacht, vergl. z. B. die bei Dirksen, manuale s. v. »Sedere« §. 1 bemerkten Fälle, l. 1 C. de officio civ. (1. 45): »Honorati, qui litem habere noscuntur his horis (vel temporibus, quibus) causarum vel merita vel fata panduntur residendi cum judicibus non habeant facultatem«; l. 6 §. 6 in f. C. de postul. (2. 6); Nov. 71 c. 1, wodurch den »illustres« die Befugniß ertheilt wird, durch Procuratoren sich vertreten zu lassen »ne cogantur aut sedere cum judicibus cum judicant; aut stare rursus tanquam litigantes«; dist. 45 c. 9 ac fin.: »Sedere quippe, circumstante exercitu, vigor est, ac disciplina regiminis, moerentium vero corda consolari, ministerium pietatis.« Durantis l. cit. erklärte das »sedere« des Richters für ein substantiale processus, erörterte namentlich die Frage, ob dasselbe, wenn er das Erkenntniß vom Pferde herab ertheilt habe, für gewahrt zu erachten sey, und bejahte sie »licet enim non videatur sedere, videtur tamen quasi sedere.«

58) sonst ist die Sentenz nulla, l. 1 C. de sent. peric. rec. (7. 44); jedoch wird hinzugefügt: »exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio, quam aliis illustrem administrationem gerentibus, caeterisque illustribus judicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum et eis, qui ministerium suum eis accommodant sententias definitivas recitare.«

59) da ihnen später (posthac) die »copia corrigendi vel mutandi« nicht mehr zusteht, l. 2 C. eod.

sämmtlicher Mitglieder des Gerichts sowohl [60]), als 3. derjenigen der Parteien [61]), oder, unter Voraussetzung gehörig erfolgter peremtorischer Ladung, und vorliegenden Ungehorsams, auch in der Abwesenheit der einen oder andern, in welchem Fall dann die hier einschlagenden Grundsätze galten [62]). Träte jedoch der Fall ein, daß in dem zur Publication angesetzten Termine eine Partei wegen Anfalls einer schweren Krankheit sich zu entfernen genöthigt wäre, so soll die in ihrer Abwesenheit geschehene Publication als nicht erfolgt betrachtet werden [63]). Hiernach gilt also, den Fall der Contumacia abgerechnet, als Regel, daß die Publication in Gegenwart der Parteien erfolgen müsse, und

---

60) c. 6 C. 15 qu. 7: »Episcopus nullius causam audiat absque praesentia suorum clericorum: alioquin irrita erit sententia episcopi, nisi clericorum praesentia confirmetur.« Die Glosse »Suorum« hierzu bemerkt jedoch: »Sufficit tamen major pars, si absentes praebeant assensum.« Dafür wird sich auf die dist. 64 c. 2 bezogen, worin rücksichtlich der Ordination eines Bischofs vorgeschrieben ist, daß zwar von allen Comprovincialen solche der Regel nach erfolgen, wenn aber dieß zu schwierig wäre ꝛc. die Versammlung von drei Bischöfen genügen soll, »ita ut caeterorum, qui absentes sunt, consensum literis teneant.« Vergl. Tancred, de ord. jud. (ed. Bergm.) P. IV tit. 1 §. 5.

61) widrigenfalls ebenwohl die Sentenz nichtig ist, Paul. V. 5 §. 5: »Ea, quae altera parte absente decernuntur, vim rerum judicatarum non obtinent«; l. 1 §. 1 D. de fer. (2. 12); l. 5 C. quom. et quando (7. 43); arg. l. 6 §. 3 D de conf. (42. 2); l. 47 D. de re jud. (42. 1): »De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet. Aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet.«

62) Darüber vergl.: Zimmern, röm. Civilpr. §§. 136, 137; Linde, Handb. d. Civilpr. §. 232 (S. 412 fg.).

63) l. 60 D. de re jud. (42. 1). Es ist hier zunächst nur davon die Rede, wenn die Partei vor der Publication »febricitans discessit.« Die in deren Abwesenheit erfolgte Publication soll als nicht geschehen erachtet werden, (»res non videtur judicata«). Dafür wird der weiter greifende Grund in Bezug genommen, daß ein morbus sonticus überhaupt, auch wider den Willen der Parteien, die Aussetzung des Gerichtsacts nothwendig macht. Indessen wird doch erfordert, daß der Unfall (das Fieber) kein geringfügiger sey und zu einem solchen beispielsweise der gerechnet, wenn ein sonst gesunder und starker Mensch zur Zeit der Ertheilung des Judicats »tam veterem quartanam« (sc. febrem) habe, daß er dabei allen Geschäften nachzugehen im Stande sey; indem darin kein morbus sonticus zu finden sey.

ein gegentheiliges Verfahren Richtigkeit wirke [64]). 4. Für die Publication selbst war dann eine Formel gewählt, die wohl vornämlich nach dem hergebrachten Style sich richtete [65]); das Dictiren der Sentenz durfte so wenig deren Stelle vertreten [66]), als dessen Uebergabe selbst, da das Gesetz ausdrücklich dessen Vorlesung fordert [67]). Geschähe es, daß der Richter mit der Vorlesung des Urtheils bereits begonnen, vor der Beendigung dieses Acts aber beide Theile sich entfernt hätten, so kann dann dem Urtheil rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden [68]).

III. In Beziehung auf die Ertheilung resp. Publication der Sentenz ist im Allgemeinen rücksichtlich der Zeit und des Orts Näheres bestimmt.

1. Was die Zeit zunächst anlangt, so ist

a. einmal, neben der Warnung vor Uebereilung [69]), untersagt, die Sentenz zur Nachtzeit zu ertheilen [70]); darauf

---

64) Donell. com. lib. 28. 3 hält nur in dem Fall, wo in Abwesenheit beider Theile das Erkenntniß verkündigt wird, letzteres für nichtig, nach »tit. C. quomodo & quando judex sent. prof. debent praesentibus partibus vel una parte absente.«

65) Durantis, specul. lib. II p. 3 n. VII: »Debet ergo judex ita dicere: Ego, vel nos, talis judex ordinarius, partibus praesentibus, talem sententiam proferimus ad aeternam rei memoriam vel ad honorem Dei, vel ad honorem vel conservationem juris litigatorum, vel alia similia verba.« Gleich danach erklärt er auch a. a. O., daß es genüge, wenn nur die Dispositive publicirt werde: »Sed tu dic, quod satis in scriptis profertur, ubi conclusio, quae virtutem sententiae continet, in scriptis recitatur.«

66) Durantis, l. c.: »Et nota, quod quidam judices erant dictantes sententias suas aliis excipientibus, videlicet partibus vel etiam universis, dicentes: Noveritis, quod sic pronunciamus; nam tales scripturae sunt potius testimoniales praeteritorum, quam assertoriae praesentium.«

67) l. 1 C. de sent. ex peric. (7. 44).

68) Maranta, praxis aur. P. VI n. 95. Derselbe empfiehlt diesen Grundsatz der Beachtung mit den Worten: »quod dictum nota, quia forte prima facie quilibet diceret contrarium.«

69) die cl. 2 (Pastoralis) de sent. et re jud. (2. 11) setzt die ruhige Ueberlegung (»discretio mater virtutum«) der »praecipitatio judicantis« (»noverca justitiae«) entgegen.

70) l. 2 §. 31 D. de orig. jur. (1. 2): »Et quia magistratibus vespertinis temporibus, in publico esse inconveniens erat, 5 viri consti-

wird die Annahme der Nichtigkeit im Fall des Zuwiderhandelns gegründet [71]).

b. In Ansehung des daneben bestehenden Verbots zur Zeit der Ferien zu judiciren wird der gleiche Erfolg abhängig gemacht von der Frage, ob auf die Einhaltung solcher Tage von den Parteien verzichtet werden kann, oder nicht. α. Das letztere findet statt rücksichtlich solcher Feierzeiten, welche dem Dienste Gottes gewidmet sind [72]). β. Von den ersteren, der überein-

---

tuti sunt cis Tiberim et ultis Tiberim qui possint pro magistratibus fungi.« Daraus leitete man den Satz ab, daß ein zur Nachtzeit ergangenes Urtheil nichtig sei, arg. Nov. 82 cap. 3: »Sedebunt autem hi pedanei judices continue et nunc in regia basilica: in quibus et nunc domunculis judicant, matutino mox et meridie et vespere audiendas causas, non solum quae post legem movendae sunt apud eos, sed etiam alias quaecunque apud alios quidem sunt secundum antiquum motae schema, nunc autem a nobis ad eos mutari praeceptae sunt;« — c. 24 X. de offic. deleg. (1. 29): »Ne vero judicium ecclesiasticum exerceatur in tenebris, quia juxta testimonium veritatis, qui male agit, odit lucem.«

71) Durantis, l. c. n. IV.

72) l. 7 C. de fer. (3. 12): »in quibus sanctissimis diebus — nulla sit cognitio jurgiorum;« l. 1 C. eod.: »In die dominico lites quiescant;« c. 1. 3 C. 15 qu. 3 wiederholt dieß Verbot für die Geistlichen, insbesondere rücksichtlich des »causas judicare,« »ut Deo statuta solennia peragant;« c. 2 eod. l. wird ein Verzeichniß der christlichen Festzeiten gegeben: »Placita saecularia dominicis diebus, vel aliis praecipuis festis, seu etiam in his diebus, in quibus legitima jejunia celebrantur, secundum canonicam constitutionem minime fieri decernimus. Insuper etiam sancta synodus decrevit, ut nulla judiciaria potestas licentiam habeat sua auctoritate Christianos ad placitum bannire in supradictis diebus, i. e. 7 dies Natalem Domini usque in octavas Epiphaniae et a Quinquagesima usque in octavas Paschae, et 7 dies ante nativitatem S. Joan. Baptistae: quatenus adeundi ad ecclesiam, orationibusque vacandi liberius habeatur facultas;« c. 5 X. de fer. (2. 9) enthält ein specielleres Verzeichniß der Festtage der katholischen Kirche, daneben aber das Verbot einer etwaigen Uebereinkunft der Parteien rücksichtlich deren Nichteinhaltung: »— debet — judicialis strepitus diebus conquiescere feriatis, qui ob reverentiam Dei noscuntur esse statuti scilicet (folgt das Verzeichniß): quibus utique solennibus feriis (nisi necessitas urgeat, vel pietas suadeat) usque adeo convenit ab hujusmodi abstinere, ut consentientibus etiam partibus, nec processus habitus teneat, nec sententia quam contingit diebus hujusmodi promulgari. Licet diebus feriatis, qui gratia vin-

kunftsmäßigen Zulassung der Vornahme gerichtlicher Acte in der Ferienzeit Seitens der Parteien aber ist die Rede, wenn es sich um die Zeit der Ernte handelt und durch jene die Ungiltigkeit der in dieser Zeit ertheilten Sentenz ausgeschlossen [73]).

c. Ist der Richter nur für eine gewisse Zeit als solcher bestimmt, so ist das nach Ablauf derselben von ihm ertheilte Erkenntniß nichtig [74]).

2. Rücksichtlich des Orts ist vorgeschrieben, daß die Publication der Sentenz an öffentlicher Gerichtsstelle stattzufinden hat [75]). Daher soll der Bischof nicht außerhalb seiner Diöces, jeder Richter nicht über seinen Bezirk [76]), der weltliche nicht in der Kirche [77]) und nicht an einem für die Gerichtsuntergebenen ungewöhnlichen und zudem beschwerlichen [78]), oder wohl gar unehr-

---

demiarum vel messium ob necessitates hominum indulgentur, procedi valeat, si de partium processerit voluntate.«

73) l. 1 pr. §. 1 D. de fer. (2. 12). »Messium, vindemiarumque tempore« soll der Richter die Parteien nicht nöthigen, vor Gericht zu erscheinen. Thun sie aber dieß freiwillig, so wird das in ihrer Gegenwart ertheilte Urtheil giltig. Ertheilt er aber das letztere ungeachtet jene nicht erschienen sind, dann heißt es: »sententia nullius est momenti;« l. 6 D. de fer. (2. 12): »Si feriatis diebus fuerit judicatum, lege cautum est ne his diebus judicium sit, nisi ex voluntate partium: et quod aliter adversus ea judicatum erit, ne quis judicatum facere, neve solvere debeat: neve quis, ad quem de ea re aditum erit, judicatum facere cogat;« l. 4 C. quom. (7. 43); danach ist die auf die Ungehorsams-Anklage »die feriato« ertheilte Sentenz nichtig.

74) l. 2 §. 2 D. de judic. (§. 1); c. 4, 24 X. de officio deleg. (1. 29). Durantis, l. c.

75) l. 6 C. de sent. (7. 45): »Cum sententiam praesidis irritam esse dicis, quod non publice, sed in secreto loco officio ejus non praesente sententiam suam dixit, nullum tibi ex his quae ab eo decreta sunt, praejudicium generandum esse constat;« l. 5 C. quomodo (7. 43): »Si (ut proponis) praeses provinciae, cum certum locum causae cognoscendae dedisset, alibi per obreptionem aditus sententiam adversus te absentem protulit: quod ita gestum est, ad effectum juris spectare minime oportet.«

76) C. 3 qu. 6: »peregrina judicia submovemus;« l. 20 D. de jurisd. (2. 1).

77) const. Gregor. de immunit. eccl. decet §. ordinarii.

78) l. 59 D. de judic. (5. 1): »Si locus in jubendo judicare non est

baren [79]) Ort die Sentenz ertheilen, widrigenfalls sie ungiltig ist.

Schließlich ist noch der im Mittelalter geführte, im Eingang dieses §. erwähnte Streit darüber zu erwähnen: ob ein Erkenntniß, wenn dasselbe von einem hohen Thurm (alta turri) herab den unten stehenden Parteien verkündigt worden, giltig sei? Man bejahte die Frage: „quia judex forte timebat sibi ex alia causa“ mit dem Beifügen: „unde potest sibi locum securum providere [80]).“

Viertes Kapitel.

§. 15.

Heilbare und unheilbare Nichtigkeiten.

Ungeachtet, nach Maaßgabe der im Bisherigen angedeuteten Normen, eine Sentenz nichtig seyn sollte, bildeten sich doch daneben durch positive Satzungen und die darauf sich beziehende Doctrin Grundsätze aus, denen zufolge, also aus äußerer Veranlassung, jener Erfolg unter den geeigneten Voraussetzungen wegfiel. Abgesehen von der hin und wieder statutarisch erfolgten Ausschließung der Nichtigkeits-Querel [81]) heilte sowohl die vom Princeps, vermöge seiner obersten Richtergewalt, ausgegangene Entscheidung des Rechtsstreits den Mangel der regelmäßigen Voraussetzungen der Giltigkeit eines Urtheils [82]), als päpstliche Dispensation die bei der Procedur vor den geistlichen Gerichten vorgefallenen Nichtigkeiten [83]). Vorzugsweise aber war hier der im römischen Rechte bereits der Willkühr der Parteien gestattete

---

comprehensus videtur eo loco judicare jussisse quo solet judicare sine incommodo litigantium.« c. 43 X. de rescr. (1. 3).

79) Durantis, l. c. n. III: »Item (sententia) est nulla — si sit lata in loco inhonesto, puta in lupanari vel popina.«

80) Durantis, l. c. n. VII.

81) Wetzell, a. a. O. §. 60 S. 637 Not. 63.

82) Ders. a. a. O. Not. 60.

83) Ders. a. a. O. Not. 61.

Einfluß von Wichtigkeit. Wenn, so wurde hier bestimmt, von dem in Abwesenheit und ohne Wissen einer der Parteien eröffneten [84]) Judicate Seitens derselben, nach Erlangung der Wissenschaft vom letzteren, dawider nicht sofort querulirt worden ist, so soll es dabei verbleiben („ab eo judicato recedi non potest“), indem hier unterstellt wurde, daß dieselbe Partei das in ungiltiger Weise ins Leben getretene Judicat hinterher anerkannt habe [85]). Derselbe Erfolg trat ein, wenn im Voraus von beiden Theilen die Uebereinkunft getroffen worden war, wonach sie sich verpflichteten, das demnächst erfolgende Urtheil als nichtig nicht anzufechten [86]).

Daß aber nicht in Beziehung auf alle Nichtigkeiten vergleichen äußern Gründen jener Erfolg beigelegt werden konnte, ergab sich von selbst, wenn man berücksichtigte, daß das vom Landesherrn gefällte Urtheil nicht durch dessen Machtvollkommenheit über Kleriker, das vom Oberhaupt der Kirche ohne rechtliches Gehör ertheilte, nicht durch ein Rescript, das vom Richter überhaupt auf Unmögliches, sich Widersprechendes bezügliche Erkenntniß durch Parteien-Willkühr nicht wohl sanirt werden konnte. Es kam demnach darauf an, die Grenze zu finden, innerhalb welcher die Wirksamkeit solcher Gründe sich zu äußern habe. Mit Bezugnahme auf eine Satzung des canonischen Rechts und schon früher wurde in dieser Beziehung von den italienischen Juristen der Weg bereitet. „Sie erkannten, daß das judicium gewisse Momente habe, ohne die es sich gar nicht denken lasse, weil sie sich unmittelbar aus seinem Wesen

---

84) Ueber diesen Sinn des gleich zu erwähnenden »judicatum prolatum« vergl. gegen Linde, Handb. Th. V S. 442 Not. 2: Wetzell, a. a. O. S. 629 Not. 29.

85) l. 3 C. quom. et quando (7. 63): »Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit si et non sit accommodatus assensus.« Ueber diese Stelle, insonderheit rücksichtlich der Frage: ob die in Bezug genommene Sentenz in der That als eine nichtige, oder als ein der Rechtskraft fähiger Contumacial-Bescheid aufzufassen sey? und die Entscheidung dieser Frage nach der ersten Alternative vergl.: Linde, a. a. O. S. 439—446 und die S. 444 Not. 1 citirten Vorgänger: Wetzell, a. a. O. S. 629.

86) arg. l. 6 D. de fer. (2. 12); c. 4 X. de offic. jud. deleg. (1. 29). — Wetzell, a. a. O. S. 637 Not. 62.

und Begriffe ergäben, daß andere Momente nicht so geartet seyen, sondern auf positiver Vorschrift beruheten und vorzugsweise (wenn auch nicht ausschließlich) in Formen beständen, welche secundären Zwecken dienten. Jene nur leiteten sie aus dem jus naturale, diese aus dem jus civile s. positivum ab, und schlossen danach ganz consequent, daß durch die positive Einwirkung des Landesherrn, des Papstes, der Parteien, oder des Statuts zwar der Mangel der letzteren, nicht aber der der ersteren unschädlich gemacht werden könne" [87]). Der Papst Clemens V. (J. 1306) erließ nun in dieser Hinsicht verschiedene Anordnungen. In der ersten [88]) gedenkt er des Falles, in welchem in Folge einer Commission des Papstes gewisse Rechtssachen „simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura judicii" verhandelt werden sollen, so wie der Unsicherheit der Juristen hinsichtlich der Bedeutung eines solchen Verfahrens. Seine Absicht geht dahin, dergleichen Bedenken zu beseitigen und darum ertheilte er Vorschriften, welche zwar einerseits auf Abkürzung des Verfahrens, andererseits aber auf Verhütung einer Verkümmerung des rechtlichen Gehörs der Parteien über die That- und Beweis-Frage [89]) abzwecken. Mit Rücksicht auf jenes Ziel wird verordnet, daß in Sachen dieser Art der

---

87) Wetzell, a. a. O. S. 638, Not. 64 und S. 637 Not. 60—63; Briegleb, Einleit. in d. Theorie d. summar. Proc. (Leipzig, 1859) S. 20 fg. In der Praxis des Mittelalters hatte sich hiernach im Anschluß an den nach römischem Proceßrechte bestandenen ordo judiciorum ein geordnetes Verfahren (solennis ordo judiciarius) gebildet, wonach die schriftliche Form desselben insbesondere in der präcisen Aufeinanderfolge der einzelnen Parteihandlungen, in der regelmäßigen Gestattung der s. g. Substantial-Termine, mit zurücktretender Proceßleitung, eingehalten werden mußte. Dieß Verfahren bietet die Grundlage für den späteren geistlichen und weltlichen Proceß. Eine Abkürzung dieser subtilis observatio ordinis judiciarii wurde aber in vielen Gerichts- und Administrations-Sachen Bedürfniß, weshalb schon im 12. Jahrhundert von Seiten der Päpste darauf hingewirkt wurde; es hatte das aber in Ermangelung von Vorschriften darüber, welche Bestimmungen in einem solchen vereinfachten Verfahren zu wahren noch übrig blieben, keinen Erfolg, bis das canonische Recht Abhilfe gewährte.

88) cl. 2 (Saepe) de verb. sign. (5. 11).

89) »Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur« —.

Richter nicht unbedingt (necessario) die Einreichung eines Klaglibells, die Litiscontestation erfordern, an das Verbot der Vornahme von Verhandlungen während der Ferien nicht schlechthin sich binden, die Dauer der Fristen, sowie überhaupt die des Processes abkürzen, oder chicaneus und unnöthig verzögerliche („dilatorias et frustratorias“) Einreden und Zwischen-Appellatinen und überflüssige Proceßhandlungeu der Parteien, Advokaten und Procuratoren zurückweisen, die excessive Vermehrung der Zahl der Zeugen beschränken soll. Im Interesse dieses Zwecks ungeschmälerter, aber wohlverstandener, Rechtsvertheidigung dagegen wird das Erforderniß der Citation, der Leistung des Calumnieneids sowohl, als des Eids der Wahrheit für nicht ausgeschlossen erklärt („non excludi“). Darauf folgen Anordnungen in Beziehung auf einzelne Handlungen der Parteien und des Richters. Es soll der Antrag (die Bitte) des Klägers und Verklagten gleich beim Anfange des Processes gestellt und den Acten einverleibt, — auf die Einreichung der zur rascheren Erledigung des Streits dienlichen Positionen und Artikel, — so wie auf Production aller von den Parteien zu benutzenden Urkunden („acta et munimenta“) in einem anzusetzenden Termin gehalten werden. Der Richter soll, auch wenn ein deshalbiger Antrag nicht gestellt wird und stets wenn die Aequitas dieß erfordert, sein Fragrecht ausüben. Die definitive Sentenz hat er — auch ohne vorgängige Citation und Androhung der Rechtsnachtheile („citatis ad id licet non peremtorie partibus“) — von der Schrift, jedoch gleichviel ob im Stehen oder Sitzen, ob nach erfolgtem Schluß der Sache oder nicht, zu verkündigen. „Quae omnia,“ und damit schließt jene Stelle, etiam in illis casibus, in quibus per aliam constitutionem nostram, vel alias procedi potest, simpliciter et de plano, ac sine strepitu ac figura judicii, volumus observari. Si tamen in praemissis casibus solennis ordo judiciarius vel in toto vel in parte non contradicentibus partibus observetur, non erit processus propter hoc irritus, nec etiam irritandus.“

In der zweiten Stelle ist von dem Erfordernisse der Citation insonderheit in der Hinsicht die Rede, daß wenn sie an einen außer dem Gerichtsbezirk des Citirenden befindlichen Verurtheilten erfolgt, Nichtigkeit des Verfahrens eintreten soll.

Es wird davon ausgegangen, daß die Citation und die dadurch bestimmte Vertheidigung, eben weil sie auf dem jus naturale beruhe, vom Richter nicht beeinträchtigt werden könne und es wird demgemäß das Erkenntniß sowohl, als das ganze Verfahren, in Folge jenes Defectes als nichtig aufgehoben [90]).

In der dritten Stelle werden die Fälle, in denen das gedachte Verfahren zur Anwendung kommen soll, näher und zwar dahin bezeichnet: „ut in causis super electionibus, postulationibus, vel provisionibus, aut super dignitatibus, personatibus, officiis, canonicatibus, vel praebendis, seu quibusvis beneficiis ecclesiasticis, aut super decimis, — nec non super matrimoniis vel usuris" in jener abgekürzten Form verfahren werden soll [91])

Als Resultat dieser Vorschriften ergibt sich und zwar was die für das bemerkte Verfahren angeordneten Vereinfachungen, welche bald danach [92]) auf eine gewisse Gattung des Criminalverfahrens, später aber auf den Civilproceß überhaupt Einfluß erhielten, im Einzelnen betrifft

a. daß nicht schlechthin und unter allen Umständen die Litiscontestation erfordert wird (Judex non necessario litiscontest. postulet; litem quanto poterit faciat breviorem, exceptiones dilatorias et frustratorias repellendo); womit sonach die Zulässigkeit von legitimae defensiones nicht ausgeschlossen, sondern anerkannt wird; weshalb das richterliche Ermessen hier entscheidet [93]);

b. daß die chicaneusen und unnöthiger Weise verzöger-

---

90) cl. 2 in f. de sent. et re jud. (2. 11) verb.: »Nos — sententiam et processus omnes praedictos, et quicquid ex eis secutum est vel occasione ipsorum — declaramus fuisse ac esse omnino irritos et inanes, nullumque debere aut debuisse sortiri effectum seu nocumentum vel notam afferre cuiquam vel quomodolibet attulisse —.«

91) cl. 2 de judic. (2. 1).

92) durch die Extrav. ad reprimendum.

93) Schon vor der cl. 2 de V. S. (5. 11) gab es übrigens Fälle, in denen im Interesse der Beschleunigung der Sache von der Nothwendigkeit der L. C. abgesehen wurde, c. 5 §. 1. 5 X. ut lite n. cont. (2. 6); c. 8 X. de dol. (2. 14); c. un. de eo qui mitt. in poss. in 6 (2. 7). — Vergl. Briegleb, a. a. O. §. 13 (S. 35—51).

lichen Appellationen zurückzuweisen sind, worunter also wohl die Sentenzen, welche nicht definitive oder ihnen gleich stehende sind [94]), verstanden werden müssen;

c. daß die vom Richter nicht festgesetzten, der Ordnung nach aber einzuhaltenden, s. g. Substantial-Termine, von welchen die Rechtsbeständigkeit des ganzen Verfahrens im ordentlichen Processe abhing [95]), eben so wie

d. die Fristen, einschließlich der Ferien zu vermindern resp. zu beschränken seyen;

e. daß das richterliche Fragerecht einzutreten habe; unnöthige Proceßhandlungen aber gleichwie eine überflüssige Menge von Zeugen nicht zuzulassen seyen [96]);

f. daß der Richter, sobald ihm die Sachlage dazu reif erschien, den Schluß der processualischen Handlungen verfügen könne [97]); wie es denn auch

g. auf die Exhibition eines förmlichen Klaglibells, so wie auf die körperliche Haltung bei Verkündigung des Urtheils nicht, wie im ordentlichen Verfahren, ankommen solle [98]).

Hiernach ließen sich zufolge der zuerst gedachten Vorschrift Clemens V. etwa: die petitio, citatio, juramentum calumniae, probationes necessariae, legitima defensio, sententia scripta als diejenigen Voraussetzungen bezeichnen, an welchen es, auch nach jenem abgekürzten Verfahren, bei Meidung der Nichtigkeit, nicht fehlen dürfe; indem man sie als substantialia processus naturalia, a jure naturali s. divino inducta, — im Gegensatz zu den s. juris positivi — ansah, nur von ihrer Wahrung die Rechtsbeständigkeit des schleunigen Verfahrens abhängig machte [99]). Sonach könnte man annehmen, daß auf ihr auch die maaßge-

---

94) rücksichtlich deren das concil. Trid. sess. 24 c. 20 später eine gleiche Beschränkung auch für den ordentlichen Proceß eintreten ließ, vergl. Briegleb, a. a. O. §. 14 (S. 52).

95) Ueber die Geschichte dieser Anordnung des cl. 2 cit. vergl. Briegleb, a. a. O. §. 15 (S. 53—58).

96) Ders., a. a. O. §§. 16, 17 (S. 58—60).

97) Ders., a. a. O. §. 18 (S. 60—63).

98) Ders. §. 19 (S. 64—67).

99) Zanger, tr. de except. (geschr. 1592) P. I cap. 2 n. 3. 9; Carpzov, jurispr. for. I, 2 def. 17 n. 2, 4, 7.

bende Unterscheidung zwischen defectus sanabiles et insanabiles (heilbaren und unheilbaren Mängeln) beruht habe. Fertig und in sich vollendet war indessen diese Lehre damit keineswegs, vielmehr pflegte nach derselben in jedem einzelnen Falle, der Bedeutung jedes Verstoßes entsprechend, die Frage, ob damit das jus naturale oder j. positivum überschritten worden sey, beurtheilt zu werden [100]).

Fünftes Kapitel.

§. 16.

Das Verfahren.

Wenn es, nach den bisher angedeutenden Grundsätzen, um eine Richtigkeitsklage, eine selbstständige Anrufung des richterlichen Officiums, über eine vorgefallene Richtigkeit zu erkennen, sich handelte, so mußte, um ihr Eingang zu verschaffen, vor Allem die Zuständigkeit des Gerichts, bei dem sie angebracht wurde, außer Zweifel seyn. Der Querulant konnte an den Richter selbst, welcher erkannt hatte, deshalb sich wenden, vorausgesetzt, daß in dessen Person kein geistiger oder sittlicher Mangel entgegen stand. Dieß fand Anwendung, wenn der oberste Richter selbst [1]), oder ein delegirter Richter erkannt hatte, indem hier mit Verkündigung der Sentenz dessen Jurisdiction als beendigt und folgeweise die originäre des Deleganten als wiedereintretend gedacht wurde [2]). Es konnte aber jener auch den oberen Richter [1]) angehen. Wie für jenen,

100) Wetzell, a. a. O. S. 639: „— als unheilbare Mängel werden häufig die defectus jurisdictionis, mandati et citationis neben einander gestellt, offenbar ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Man sah sich jeden vorkommenden Fall nach dem obigen Unterscheidungs-Merkmal an."

1) c. 12 X. de sent. et re jud. (2. 27); c. 7 X. de conf. util. (2. 30).

2) c. 9 X. de off. jud. deleg. (1. 29).

3) cl. 2 de sent. et re jud. (2. 11), woselbst der Papst seine Jurisdictions-Befugniß unter Anderem auf seine »superioritas« gründet. Ueber das aus der Vergleichung der l. 4 mit der l. 6 C. de accus. (9. 2) in der gl. »Eundem« zur l. 4 cit. abgeleitete Recht der Wahl zwischen den gravirenden und den obern Richter vergl.: Wetzell, a. a. O., S. 632 Not. 43.

so wurde auch für diesen, nach der Lehre der italien. Juristen, der diese Zuständigkeit und zwar nicht blos in Hinsicht auf den die Annullirung, sondern auch auf den der Erkennung in der Hauptsache ergangene Ausspruch bezogen. Ohne daß die N.-Querel an die Appellations- oder eine Verjährung-Frist gebunden [4]) oder von einer Suspensiv-Wirkung begleitet gewesen wäre [5]), stellte sich der Erfolg der Prüfung der, gleichviel übrigens, ob incidenter oder principaliter (d. h. in oder ohne Verbindung der N.- mit der Appellations-Beschwerde) angebrachten Querel verschieden dar, je nachdem die Nichtigkeit gefunden wurde in dem, dem Urtheil vorausgegangenen, Verfahren, in welchem Falle eine Wiederholung oder Vervollständigung der Verhandlungen nöthig werden konnte, — oder in dem Urtheile selbst, wo die Prüfung auf die letzteren sich beschränkte. Danach mußte mithin im Fall des Ungrunds der Beschwerde, solche zurückgewiesen, im Falle der Begründetheit und zwar sowohl in Beziehung auf die causa nullitatis, als rücksichtlich der Beschwerde in der Hauptsache aber die vorige Sentenz aufgehoben und die richtige ihr substituirt werden [6]). Rücksichtlich der Cumulation der Nichtigkeits-Beschwerde mit der Appellation wurde angenommen: daß, bei einer solchen auf die letztere noch zu entscheiden sey (nach der Formel: Dico sententiam nullam, et si qua est appello), wenn auch die erstere als ungegründet sich ergeben habe; und daß, unter Voraussetzung der Wahrung der Appell.-Fatalien, die Verbindung beider Rechtsmittel für die N.-Beschwerde die Suspensiv-Wirkung eben so zur Folge habe, als wenn sie in der Appellations-Beschwerde allein geltend gemacht worden wäre [7]). War das nichtige Erkenntniß mit der Appellation bereits früher angegriffen, in Folge dessen aber bestätigt worden, so hing die Entscheidung der Frage, ob nun noch das

---

4) In der ersteren Beziehung zu vergl.: l. 19 D. de appell. (49. 1), c. 14 in 6. de sent. ex. (5. 11). In beider Hinsicht: Wetzell, a. a. O. S. 630 Not. 35. 36.

5) c. 31 X. de off. et pot. jud. del. n. 3. Wetzell, a. a. O. S. 631 Not. 37.

6) Wetzell, a. a. O. S. 632—634.

7) Ders. S. 635. 636.

also bekräftigte Urtheil mit der Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten stehe? von der Beantwortung der weiteren ab: ob die Nichtigkeit aus den Acten erhelle, oder mit der früher erhobenen Appellation gleichzeitig zur Verhandlung gelangt sey? Die Bejahung in der einen oder andern Hinsicht führte dann dahin, daß in Folge jenes bestätigenden Erkenntnisses die N.-Beschwerde ausgeschlossen erschien, die Rechtskraft also auch auf Nichtigkeiten zur Anwendung gebracht wurde [8]).

Diese Grundsätze haben im Laufe der Zeit in Italien sich ausgebildet und sind auch für die deutsche Rechtspflege vor dem J. R. A. v. 1654 zur Geltung gekommen. Einige Zeugnisse in beiderlei Beziehung mögen, wie zur Bestätigung des Angeführten, also auch zur Vorbereitung des Verständnisses der einschlagenden Bestimmungen dieses Reichsgesetzes dienen.

Sechstes Kapitel.

§. 17.

Behandlung der Lehre in der italienischen Doctrin, nach Zeugnissen aus dem 13.—17. Jahrhundert.

Zu den für die späteren Ansichten einflußreichsten italienischen Juristen, die hier in Betracht kommen, gehören, je nachdem sie vor oder nach dem Papst Clemens V. lebten, unter Anderm: Tankred [9]). Er erörtert zunächst [10]) die Frage der Competenz des Richters zur Ertheilung einer Sentenz. Ist diese nicht vom suus judex gegeben, hat der Richter keine Jurisdiction, weil etwa seine Legitimations-Urkunde falsch ist, er in andern, als in den bestimmt bezeichneten, Sachen geurtheilt hat, die Streittheile, aus Irrthum oder Furcht bewogen, in

---

8) Ders., a. a. O. S. 636 Nr. 2.

9) schon 1214 als Lehrer des canon. Rechts (»decretorum magister«) bekannt, v. Savigny, Gesch. d. röm. R. im M. A., V. 107; das hier in Betracht kommende Buch, ordo judiciar. P. 4 (ed. Bergmann, Gött. 1842) ist 1234 geschrieben, eben das. S. 116. Ueber seine Bedeutung vergl. Wetzell System Abth. I. S. 6.

10) l. cit. tit. 1 de sent. et interl. (p. 268).

seine Beauftragung eingewilligt haben ꝛc., so ist das Urtheil nichtig. Die gleiche Folge tritt ein, wenn der Richter ohne seine Collegen oder in sonst ungehöriger Weise die Sentenz ertheilte, namentlich ohne vorgängige und nachfolgende Einhaltung des ordo judiciarius, sc. lite contestata, confessionibus, attestationibus et allegatis auditis et omnibus causae meritis diligenter investigatis, in die non feriato et ante crepusculum noctis"; in welcher Hinsicht zugleich vorgängige schriftliche Abfassung der die Haupthandlungen im Verfahren in Bezug nehmenden [11]) Sentenz, ferner deren schriftliche Ertheilung und Verkündigung (und zwar sedendo) am gehörigen Ort, (in loco honesto), zu geeigneter Zeit (nicht während der Ferien oder bei Nacht), in der Richtung der Gedanken auf das göttliche Recht [12]), als wesentlich erfordert, die spätere Abänderung, wenn sie nicht am Tage der Urtheilsfällung erfolgte und auf Nebenpunkte sich bezog [13]), dagegen für verboten erachtet wird [14]). In diesem Sinne folgt dann im Weiteren die Eintheilung der sententiae, quae ipso jure nulla sunt, und zwar 1. ratione litigantium [15]); 2. rat. judicis; 3. r. jurisdictionis [16]); 4. vitio sui ipsius nulla ist dagegen die Sentenz, wenn sie nicht schrift=

---

11) l. cit. §. 5: »Praeterea judex in prolatione exprimere debet actoris petitionem et ejus allegationem, deinde responsionem rei et ejus exceptionem et quidquid in causa utrimque petitum et allegatum est.« Der Richter soll sich nach den leges, canones, und den approbatae consuetudines dabei richten und dieß Alles in der Sentenz ausdrücken. Weiter wird die Giltigkeit derselben davon abhängig gemacht, daß sie auf die die Partei vertretende Person und auf den der Klagbitte entsprechenden Betrag gestellt ist.

12) l. c.. (p. 273) »sacris scripturis coram positis.«

13) l. c. (p. 275); es soll gestattet seyn »supplere eodem die quo lata est in his, quae pertinent ad consequentiam priorum statutorum, ut de sumtibus, fructibus et similibus. Item mulcta indicta personae potest remitti ab eodem judice ratione paupertatis.«

14) l. c. tit. 2 §§. 1—5.

15) Das Auftreten eines falsus procurator, minor, excommunicatus wird dahin gerechnet, §. 1.

16) l. c. §§. 2, 3. Hier wird auf das früher aus den Gesetzen Erwähnte in Bezug genommen, mit dem Beifügen, daß der Richter nicht »illiteratus«, nicht »venalis« seyn dürfe.

lich abgefaßt worden [17]), weder Verurtheilung, noch Lossprechung, noch ein Aequipollens, — oder einen entschiedenen Irrthum, — oder Verstoß wider das geschriebene Recht enthält [18]); 5. ex causis exterioribus tritt nach der Lehre Tankreds Richtigkeit alsdann ein, wenn jene Förmlichkeiten in Beziehung auf die Findung und Verkündigung des Urtheils nicht gewahrt, die erwähnten nöthigen Eigenschaften des Richters nicht vorhanden sind, der ordo judiciarius nicht eingehalten, Citation nicht vorausgegangen ist [19]). — Guil. Durantis [20]) stellt neun Nichtigkeitsgründe auf, nämlich: 1. ratione judicis. 2. r. litigatorum; 3. r. loci; 4. r. temporis; 5. r. causae [21]); 6. r. quantitatis [22]); 7. r. modi [23]); 8. r. processus, worunter die auf das Verfahren und auf das Urtheil sich beziehenden Mängel begriffen werden [24]); 9. manifesta iniquitatis, welche auf die materiellen Mängel des Urtheils sich bezieht [25]).

---

17) wobei nur in geringfügigen Sachen Ausnahme gestattet wird.

18) l. c. §. 4.

19) l. c. §. 5.

20) geb. 1237, Lehrer zu Bologna und Modena, schrieb das specul. jur. 1271, v. Savigny, a. a. O. V. 504 fg.; über Bedeutung und Ansehen desselben vergl. Wetzell, System, S. 7.

21) Darunter wird der Mangel der Verurtheilung oder Entbindung von der Klage verstanden.

22) wenn auf ein geringeres, als zuerkanntes Object erkannt wird.

23) worunter die auf Ertheilung und Verkündigung der Sentenz sich beziehenden Formalitäten begriffen werden. Die Angabe von Entscheidungsgründen wird für nicht nöthig erachtet.

24) Nachdem er den allgemeinen Satz aufgestellt: »partes non possunt suo consensu juris regulas vitiare« (n. 2), gibt er als solche Mängel an: wenn die libelli oblatio (n. 14), die litiscontestatio (n. 1. 4. 8) stattgefunden hat, wenn die Sentenz wider die Partei, statt wider den Procurator, der den Proceß geführt hatte (n. 7), nicht schriftlich (n. 9), gegen ein vorausgegangenes Erkenntniß (n. 11), nach erfolgter Appellations-Anzeige (n. 5), gegen einen nicht ungehorsamen Abwesenden (n. 6), ohne vorausgegangene gehörige Edictalladung (n. 13) erlassen, die Publication nicht im Beiseyn sämmtlicher Mitglieder des Gerichts, die es ertheilt hatten, erfolgt war (n. 10).

25) wenn es einen expressus error (n. 1), oder einen Verstoß wider das geschriebene Recht (canon. v. divinum, v. civile) betrifft, vorausgesetzt, daß er nicht auf das jus litigatoris nur sich bezieht, — wenn es eine Unmöglichkeit enthält (n. 3), erschlichen ist (n. 4), si misericordiam vetat (n. 5). Es folgt darauf die Erörterung einer Reihe von Fragen, welche auf das Verhältniß der

Da die bisher genannten beiden Juristen vor dem Beginne des 14. Jahrhunderts, welchem die von Clemens V. erlassene Vorschrift rücksichtlich der Vereinfachung des processualischen Verfahrens angehört, schrieben, so erklärt es sich, daß die daraus abgeleitete Unterscheidung zwischen wesentlichen und außerwesentlichen Bestandtheilen des Processes ihnen noch nicht geläufig war. Zwar blieb auch im 14. und 15. Jahrhundert jene Lehre im Wesentlichen dieselbe, doch trat jene Unterscheidung schon bestimmter hervor. So z. B. bei Joh. Petr. de Ferrariis[26]). Er ordnet die Nichtigkeitsgründe unter 26 Nummern, welche sich classificiren lassen nach der Person des Richters[27]); der Parteien[28]); nach dem Streitobject[29]); nach der forma processus, vel substantialium ejus, wohin gerechnet wird: der Mangel der libelli oblatio, der Litiscontestation, der Leistung des Calumnieneides, mit Ausnahme der Fälle, in denen sine figura judicii verfahren werden kann[30]); nach der Sentenz selbst, je nachdem von Mängeln in der Person und Zuständigkeit desselben[31]), oder in der Form der Ur-

---

Nichtigkeitsklage zur Appellation resp. Restitution sich bezieht. In summa wird schließlich bemerkt: ist die Sentenz nichtig, so kann sie, vorausgesetzt, daß nicht Orts- oder Gerichts-Gebrauch entgegensteht, noch nach 30, 40 Jahren zurückgezogen werden.

26) geb. zu Parma, Professor zu Pavia seit 1389, Verf. der praxis aurea (eine Sammlung von Libellformeln mit Commentaren, angefangen im J. 1400, gedruckt zuerst 1473), vergl. v. Savigny a. a. O. VI. 418. — Die einschlagende Stelle jener Schrift ist der Tit. 20 »forma sententiae diffinitivae« glos. 1 in summar. n. 7.

27) wenn er die Competenz überschreitet (n. 1), seine Recusation nicht beachtet (n. 2), sein Urtheil z. B. von dem consilium sapientis abhängig gemacht ist (n. 3).

28) in Beziehung auf falsi procuratores, tutores, curatores, praelati (n. 4).

29) wenn die Sentenz auf ein anderes, als in der Klage erwähnt (n. 6), auf ein Mehr als verlangt worden (n. 14) gerichtet ist.

30) (n. 7) nach der cl. Saepe de verb. sign.

31) wenn er nicht selbst, vel per notarium de ejus voluntate (n. 23), oder in eigener Sache (n. 8), in Folge Bestechung (n. 24), nach Aufhebung seiner Competenz, etwa nach Ablauf der Zeit seiner Delegation (n. 15), urtheilte.

theils=Findung [32]) resp. Verkündigung [33]), oder im Materiellen der Sentenz [34]) — die Rede ist.

Robert Maranta [35]), Vertreter der scholastischen Jurisprudenz, davon ausgehend, es müsse auch bei der Lehre von der Nichtigkeit einer Sentenz, wie überhaupt in omni actu humano, unterschieden werden: I. die causa efficiens (judex), II. die c. materialis; III. die c. formalis, und IV. die causa finalis, — rechnet zur ersten die bereits mehrfach erwähnten Erfordernisse in Beziehung auf die Eigenschaften des Richters, die Ertheilung und Verkündigung des Urtheils [36]); zur zweiten die Bezugnahme auf den Inhalt des Klaglibells und die sorgfältige Prüfung der Sache (causae cognitio), nach dem Inhalte derselben und der darauf gefolgten Verhandlungen (allegata et probata). Daneben werden die Fragen erörtert: welchen Erfolg der Mangel der Conformität der Sentenz mit dem Libell hinsichtlich des Klagobjects, bei vorliegendem Geständniß rücksichtlich eines andern Gegenstandes? das Geständniß des Verklagten in Folge einer rechtlich unbegründeten Klage? die Anstellung einer inepten Klage bei darin zugleich enthaltener Angabe einer apta causa habe? [37]) 2c. Zu der dritten Causa werden gezählt: die Nichtigkeiten 1. respectu judicis in Be=

---

32) wenn sie zur Ferien= (n. 9), zur Nacht=Zeit (n. 16), am unpassenden Orte (n. 11), im Stehen (n. 17), ohne vorgängige schriftliche Fassung (n. 18) erfolgte.

33) wenn zu dem Ende gehörige, insbesondere unter Androhung des Rechtsnachtheils erfolgte, Ladung unterblieben war (n. 10).

34) wenn wider die Partei und nicht gegen den proceßführenden Procurator solche erging (n. 13), oder gegen einen Abwesenden, Verstorbenen, Pupillen (n. 12), in zweifelhafter Wortfassung (n. 20), auf falsche causa (n. 26), oder Beweismittel (n .25), ohne Verurtheilung oder Entbindung von der Klage (n. 19), gegen das geschriebene Recht (n. 22), oder rechtskräftige frühere Erkenntnisse (n. 21).

35) (starb 1530), praxis s. de ordine judicior. tr. P. VI de sent.

36) l. c. n. 56, 57.

37) l. c. n. 58—70.

ziehung auf den Ort[38]), die Zeit[39]), die Person des Richters[40]); 2. r. litigantium; 3. ipsius sententiae in formeller[41]) und materieller[42]) Hinsicht[43]). Unter der vierten endlich wird der Mangel der Verurtheilung oder Entbindung von der Klage aufgeführt.

Die Lehre des von der späteren, dem J. R. A. vorausgehenden Processualisten häufig genannten Vantius[44]) — der, obwohl seine Ausführung vorzugsweise das bei der römischen Curie bestandene Verfahren im Auge hat, doch für die deutsche Praxis von entscheidendem Einfluß war, indem er die zur Zeit des J. R. A. rücksichtlich der Nichtigkeitsklage angenommenen Grundsätze genauer ordnete — ist in den hier in Betracht kommenden Beziehungen kürzlich die folgende: insanabilis, irreparabilis nullitas, defectus — im Gegensatz zur sanabilis — ist diejenige, welche den Mangel einer Voraussetzung betrifft, die, damit die Sentenz rechtsbeständig werde, wesentlich erfordert wird[45]). Die cl. 2. de verb. sign. (5. 11.) enthält die Grundlage zur Bestimmung der Merkmale des Substantiellen, indem in ihr die Unterscheidung zwischen den durch das jus naturale oder jus civile (positivum) vorgeschriebenen Erfordernissen begriffen ist und durch jenes das Wesentliche betroffen wird. Die defectus juris mere positivi können, eben weil sie dieß sind und „neque partium vel jura causarum merita" betreffen, „sed potius ad quendam juris rigorem conservandum in-

38) Die Sentenz muß loco solito majorum ertheilt werden; Modificationen treten ein: wenn derselbe nicht sicher, der Bischof von solchem vertrieben ist, — wenn de plano procedirt, — in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, — bei allen Acten, welche litis ordinationem betreffen.

39) und zwar sowohl auf die der Citation, als der Abhaltung des Gerichts, und der Ertheilung resp. Verkündigung der Sentenz.

40) rücksichtlich dessen Qualitäten, seines Verhaltens bei der Urtheilsfällung und nach derselben, wenn die Appellation eingewendet ist.

41) in Betreff der schriftlichen Abfassung und Recitation von solcher.

42) bei vorliegender manifesta iniquitas, bestehendem expressus error, falsa causa v. erronea, Ungewißheit im Inhalte 2c.

43) l. cit. n. 71—115.

44) de nullitatibus processuum ac sentent. (seit 1567 zuerst), Col. 1664. Tit. IV. Linde, Handb. d. Civilproc. Th. V §. 247.

45) tit. 9 n. 6; 11. 60. 61.

ducta videntur“ in der römischen Curie leicht reparirt werden, namentlich in denjenigen Sachen, in denen der Richter, nach Maaßgabe der Vorschrift der gedachten Clementine, ohne alle „forma judiciorum, a jure civili inducta“ nur nach dem „jus naturale et gentium“ verfahren soll[46]. Liegen Fälle vor, in denen dieß Verfahren stattfindet, nur die forma a jure naturali inducta also zu beobachten ist, — wohin übrigens nicht blos causae beneficiales, sondern auch causae profanae gehören, — alsdann werden Mängel, die aus dem jus positivum hergeleitet werden, wenn sie nicht gerügt worden sind, nicht beachtet, oder, noch ehe dieß geschehen, von Amtswegen erledigt[47]. Eben wegen dieser Eigenschaft solcher Mängel unterliegen aber solche auch sowohl der Beseitigung durch den princeps, vermöge der plenitudo potestatis, nach vorgängiger Prüfung der merita causae[48], als auch der Heilung durch Consens des Gegners[49]. Die Nichtigkeiten, die ex jure naturali abgeleitet werden, beruhen auf dem Mangel der Jurisdiction, der Parteien, der Citation und des Processes, — wenn der letztere gar nicht, oder in verkehrter Ordnung stattgefunden hatte, oder an den Substantialien des ordo und processus ein Defect bestand. In den beiden letzteren Beziehungen gilt die Regel: „si ordo de substantia omittitur vel praevertitur, vitiat; si ordo de justitia omittitur aut praeversus fit, circa remedium appellationis ipso facto non vitiat“. Demnach fragt es sich nur: was gehört zum ordo de substantia? und was zum ordo justitiae? Die erste Frage betreffend, so sind als palmites et substantia or-

---

46) l. c. tit. 14 n. 125.

47) l. c.: »His etenim et similibus casibus solitum est obtineri rescriptum, quod judex causae quibuscunque nullitatibus rejectis, dummodo ex defectu jurisdictionis mandati et citationis non sint, ex eisdem actis ad confirmationem vel informationem, seu causae expeditionem perinde ac si defectus et nullitates oppositae non obstarent, procedat.«

48) cl. 2 de sent. et re jud. (2. 11): »— per quae de crimine praesertim si gravi dolato defensionis, quae a jure provenit naturali, facultas adimi valuisset, cum illa imperatori tollere non licuerit, quae juris naturalis existunt.« Vant. l. c. tit. 12 n. 6; 11. 60. 61; 14. 24.

49) Id. l. c. tit. 10 n. 41; 13. 118.

dinis judicialis, bei dessen Versäumung insgesammt oder theilweise, oder bei Umkehrung der Theile desselben, die Sentenz nicht gilt, zu betrachten: der Klaglibell, Litiscontestation, Calumnieneid, die causae cognitio, facta conclusio [50]. Die andere Frage wird dann dahin entschieden, daß zum ordo justitiae Alles übrige gehöre [51].

In Ansehung der nullitates rücksichtlich der solennitas, materia und forma sententiae insonderheit ist zu den auf die solennitas sich beziehenden Mängeln beispielsweise die schriftliche Abfassung, so wie die Veröffentlichung, im Beiseyn der Gerichtsmitglieder, durch den Richter, zu rechnen. Zu den n. materiae v. ex defectu formae, d. h. wenn wider die forma extrinseca v. intrinseca verstoßen wird, gehören die Fälle, in denen die Sentenz 1. expresse lata est contra jus alicujus constitutionis, adeo quod ex sui facie juris error manifeste deprehendatar, vel contr astatutum, aut consuetudinem ejusdem curiae, — 2. vel aliam sententiam in eadem causa latam, quae in rem transiens judicatam inter partes fecerat jus, et de qua fuerat exceptum et judici facta fides, — 3. vel si fuerit lata contra notorium facti, aut juris, — 4. vel ex falsa et erronea causa, aut a jure reprobata, — 5. vel si evidenter constet de illius iniquitate, — 6. aut lata fuerit per falsas probationes contra absentem dolo adversarii inductas, — 7. aut per judicem pretio corruptum, aut per sordes (gratiam, ambitionem, amicitias, odium, metum, collusionem; istis tamen casibus non irrita sed irritanda foret, sed in aliis casibus esset irita, sicut etiam irrita esset); — 8. si fuisset lata extra deducta et petita per litigatores, adeo quod non fuisset conformis petitioni, — 9. vel quod non diffinivisset totum negotium et controversiam in judicio deductam [52], — 10. aut omisisset, reconventio-

---

50) Id. l. c. tit. 2 n. 7; tit. 13 n. 1—68.

51) Id. tit. 13 n. 50. 51. 59: »Alias vero quae fiunt post L. C., demptis his de quibus supra diximus ex quo sunt media causae et accidentalia reputantur sub ordine justitiae includuntur, et propterea si omittantur vel praeposterentur, non vitiatur processus.« Id. tit. 13 n. 69—88.

52) Advertatur etiam, numquid sententia diffinivit negotium, puta, quod non sit absolutoria neque condemnatoria in negotio prin-

nem, licet hoc casu magis sit appellandum, quia sententia non esset ipso jure nulla [53])."

Was die unter 3. und 5. bezeichneten Fälle insbesondere betrifft, so wurde die nullitas patens et notoria ex actis [54]) resultans, manifesta, evidens [55]) hervorgehoben; sie brauchte nicht proponirt oder allegirt zu werden [56]), war vielmehr, auch wenn von den Parteien darauf sich nicht bezogen wurde, vom Richter ex officio zu berücksichtigen [57]) und eben darum dem Verzicht auf deren Geltendmachung entzogen [58]). Die Folge davon war, daß die Nichtigkeit als incidenter in judicio deducta die Sentenz nichtig machte, und von Neuem zu erkennen [59]), — daß sie, mit einem Worte, irreparabel und nicht zu reformiren war, wovon nur bei einer Iniquität die Rede seyn konnte [60]).

Soviel nun die Art und Weise der Geltendmachung und Behandlung der Nullitäts-Klage sowie die Entscheidung darauf betrifft, so wird unterschieden: ob sie principaliter oder incidenter vorgebracht ist.

---

cipaliter deducto, vel quia sit obscura, generalis, non continens certam summam in se neque per relationem ad acta, aut fundata sit super incerto et futuro eventu, puta quod lata sit sub aliqua conditione extrinseca, vel intrinseca de futuro, et non statim adimplebili, aut sub conditione falsa, vel omnino impossibili; quia his et similibus casibus sententia ex defectu solennitatis ac formae ipsiusmet invalida et insufficiens judicabitur.«

53) Id. tit. 2 n. 8; 13, 89.

54) in Betreff anderer notorischen Nullitäten, z. B. den durch sonstige publica instrumenta constatirten, galt: »quod licet notorium relevet ab onere probandi, non tamen relevat ab onere proponendi«, Id. tit. 4 n. 53. 54.

55) Id. tit. 1 n. 22; 3, 13; 4. 51—55; 6. 22. 41.

56) Id. tit. 52.

57) »quandocunque tollere et revocare debet«, Id. tit. 4 n. 57; 6. 23; 9. 5.

58) Id. tit. 4 n. 57. 58.

59) Id. tit. 3 n. 13; 6. 41: »— de ea nedum idem judex primus, quinimo quilibet alius etiam inferior cognoscere poterit; cum nulla super ea sit ferenda sententia, sed habita prima pro nulla, de novo super negotio cognoscendum sit.«

60) Id. tit. 4 n. 55.

1. Als principaliter in Bezug genommen gilt sie: sowohl, wenn sie allein, als auch, wenn sie mit einem andern rescissorischen Rechtsmittel, aeque principaliter, also namentlich mit der Appellation [61]), in Judicium deducirt worden, wofür die Formel galt: „dico sententiam nullam et si qua est appello“ [62]), wobei indeß, zur Vermeidung eines Streits darüber, ob principaliter oder incidenter die Richtigkeit angebracht worden sey, als Cautel empfohlen wurde: es habe der sich beschwerende Theil zu erklären, ob er principaliter oder incidenter die Nullität geltend machen wolle. Auch war nach bestehendem Gebrauche eine Cumulation einander nicht widerstreitender [63]) Rechtsmittel, welche zu derselben Zeit vorgebracht waren, so wie eine gleichzeitige Behandlung derselben (über die nullitas und das gravamen) statthaft [64]); der Beschwerdeführer konnte aber die vorgängige Entscheidung über die erstere verlangen und es wurde nichtig erkannt, wenn der Richter dem entgegen verfuhr [65]).

Die also gehörig [66]) ausgeführte Nullität hatte ein besonderes Verfahren [67]) und vorausgesetzt, das sie mit der Appellation

---

61) Id. tit. 6 n. 2. 5. 8.

62) Id. tit. 6 n. 10. 11.

63) Der Widerstreit lag vor: »si diceremus dico sententiam nullam, quia lata cum falso procuratore et dico eandem injustam per ea quae ab ipso falso procuratore probata sunt: quoniam eodem tempore esset approbare et reprobare gesta ipsius procuratoris, quod stare non potest«, Id. tit. 6 n. 14.

64) Id. tit. 6 n. 14.

65) Id. tit. 6 n. 15.

66) Die causa nullitatis mußte im Libell angeführt (Id. tit. 6 n. 46), konnte jedoch, wenn das unterblieb, und der Gegner widersprach, später im Proceß nachgeholt werden (Id. tit. 6 n. 103). Selbst bei nur genereller Bezugnahme konnte aber der Oberrichter die nicht speciell bezeichnete berücksichtigen und die Partei, wenn die von ihr specificirte N.-Beschwerde keinen Erfolg gehabt hatte, eine weitere geltend machen; was aber im Fall der generellen Zurückweisung einer eben so abgefaßten Beschwerde unzulässig war (Id. tit. 6 n. 104. 105).

67) Id. tit. 6 n. 24—25: »— necesse est, quod super cognitione hujusmodi juris ordo ac tela judiciaria servetur — idcirco secundum regulas juris ad sententiam hujusmodi juris ordine omisso deveniri non potest.«

cumulirt und diese nicht desert geworden war [68]), die Wirkung, die Execution zu suspendiren, — demnächst aber eine Definitiv-Sentenz zur Folge. Diese mußte dem im Libell gestellten Antrag („sententiam declarare nullum") entsprechend seyn, also unter Anderem dahin gehen: a. daß der „actus de quo quaeritur", für nullus erkannt, b. wenn der Richter im Gegentheil die behauptete Nichtigkeit nicht für begründet erachtete, der Gegner ab instantia et observatione judicii absolvirt, der Beschwerdeführer aber in die Kosten verurtheilt [69]); c. oder, im Fall erkannter Begründetheit der Nichtigkeit sowohl, als auch des gegnerischen Rechts in der Hauptsache: das Erkenntniß des vorigen Richters zwar für nichtig, zugleich aber wider den Beschwerdeführer in der Hauptsache („negotio principali") in pejus erkannt [70]), mit andern Worten: daß dasjenige Erkenntniß an die Stelle gesetzt wurde, welches vom vorigen Richter hätte ertheilt werden müssen, wenn die Nichtigkeit nicht begangen wäre. — War die Sentenz bei einem andern Richter, als dem, von welchem sie ertheilt war, als nichtig angegriffen worden, dann hatte dieser auf die ihm vorgelegten Acten, wenn die behauptete Nichtigkeit nur auf die Sentenz sich bezog, im Fall der Begründetheit der Behauptung, solche zu reformiren („corrigere, seu etiam ex eisdem antiquis actis reformare"), — wenn sie dagegen die Sentenz und das Verfahren gleichmäßig betraf, z. B. einen Mangel des Klaglibells, der Citation, des Mandats, der Jurisdiction, oder Aehnliches zum Gegenstand hatte, hieß es: „tunc ex integro formabitur novus processus et nova acta inchoari et fieri debent" [71]).

---

68) nicht auch, wenn sie principaliter allein ausgeführt wurde, Id. tit. 6 n. 34. 35.

69) Id. tit. 6 n. 108—110.

70) Id. tit. 6 n. 110—113; 14. 129. Der Grund wurde darein gesetzt: »Judex namque superior dicitur confirmator et reformator, et propterea non solum super nullitate, verum etiam super justitia vel injustitia ipsius sententiae pronunciare potest, eo modo quo judex primus pronunciare debebat, quoniam talis judex ad duo tenetur, videlicet corrigĕre perperum factum a primo judice, illud facere, quod facere debuerat idem judex primus.«

71) Id. tit. 6 n. 126—128.

2. Als incidenter vorgebracht wurde die Nichtigkeit erachtet, wenn darum gebeten war, unter Nichtigsprechung des angefochtenen Erkenntnisses von Neuem zu entscheiden [72]); diese Bitte wurde als stillschweigend erfolgt angenommen, wenn nur appellirt war, der Richter aber bei seiner Prüfung auch eine Nichtigkeit begründet fand, wo dann eine Reformatoria sowohl in der Richtung auf die letztere, als in Ansehung der Iniquität erfolgte [73]); das galt besonders bei hervortretenden nullitates manifestae [74]). Ein solches Vorbringen bewirkte Suspension der Execution [75]). Die incidenter eingebrachte Nichtigkeit konnte übrigens in judicio ordinario nochmals, mittelst einer Klage, principaliter, namentlich also in dem Falle, wenn die Appellation in Folge der Versäumung oder sonst anzunehmenden Verzicht, womit dann zugleich die Nullitätsklage erloschen war, ausgeführt werden [76]). Wie die incidenter vorgebrachte Nullität keines besondern Libells bedurfte, so war auch eine verschiedene deshalbige Sentenz nicht erforderlich, vielmehr erging ein Erkennntniß in der Hauptsache [77]), rücksichtlich dessen die in Betreff der Sentenz auf die principaliter vorgebrachte Nichtigkeitsklage unter 1. a — c angedeuteten Grundsätze zur Anwendung kamen [78]).

3. War nur appellirt worden („absque expressione juris dicendi de nullitate"), der Richter erkannte aber eine Nullität, dann traten verschiedene Ansichten über die Art und Weise des richterlichen Ausspruchs hervor. Die in der Praxis angenom-

---

72) »si petitum fuerit, quod cassata seu habita prima sententia pro nulla ex integro negotio principali pronuncietur, ac sententia praedicta reformetur; tunc enim principaliter cognoscendum est de causa et principali negotio et incidenter de nullitate ipsius sententiae.« Id. tit. 6 n. 17.

73) Id. tit. 6 n. 18.

74) Id. tit. 6 n. 22: »Nullitas etiam quae ex eisdem actis ac processu resultat, ac de se patet, intelligitur incidenter in judicio deducta. Talis enim nullitas potest allegari, seu de ea excipi etiam post conclusionem in causa.«

75) Id. tit. 6 n. 29. 30.

76) Id. tit. 6 n. 36—38; 8. 8.

77) Id. tit. 6 n. 39—45.

78) Id. tit. 6 n. 114.

mene Meinung ging aber dahin: der Appellationsrichter habe auf eine solche für statthaft erachtete Appellation das Verfahren und die Sentenz mit Allem darauf gefolgten für nichtig zu erkennen und den Appellaten in die Kosten zu verurtheilen [79]).

Blas. Altimarus [80]) erörtert unter neun Rubriken eine Reihe von Streitfragen (213 an der Zahl). Die erste Rubrik betrifft den Begriff, die Entstehung, Gattungen der Nichtigkeit und den Unterschied der Querel von andern Rechtsmitteln. Die zweite: die Nichtigkeit der Sentenzen, Decrete ꝛc. insonderheit. Die dritte und vierte: die Zuständigkeit des Richters über Nichtigkeiten zu erkennen. Die fünfte behandelt die Frage: ob auch Erkenntnisse des obersten Gerichts mit der Nichtigkeits-Beschwerde angefochten; die sechste: die, in welcher Weise und wann solche vor Gericht geltend gemacht werden könne? Die siebente: die, von wem und wie sie dargelegt und nachgewiesen werden müsse. Die achte: die Dauer ihrer Geltendmachung und Wirkung. Die neunte: die Nichtigkeit aus dem Mangel der Jurisdiction.

Siebentes Kapitel.

§. 18.

Aufnahme dieser Lehre in Deutschland vor dem J. R. A. nach einzelnen Zeugnissen.

Die auf den Grund des römischen und canonischen Rechtes also entwickelten Grundsätze fanden in Deutschland ungehinderte Aufnahme. Hier war zwar vom Urtheil eine Berufung an den Oberhof (provocatio Germanica) [81]) zulässig; der Richter, auf

79) Id. tit. 6 n. 120.

80) tr. de nullitat. sententiar., decretor. T. I. (Col. 1697, 1720). Der Verf. war ein neapolitan. Patricier und Jurist; zufolge des dem Buche vorangedruckten Verzeichnisses der lobend desselben gedenkenden Schriftsteller in Italien, von nicht geringem Ansehen. Zu seinen Haupt-Auctoritäten gehört »noster Vantius.«

81) Maurer, Gesch. d. altgerm. Gerichtsverf. §§. 51, 81, 157. Es konnte eine solche Provocation sowohl unter den Gesichtspunct einer Iniquität, als unter den einer Nullität im Sinne des römischen Rechtes fallen. Vergl. über die Be-

dessen Veranlassung geurtheilt war, konnte aber, wenn die Sentenz gescholten wurde, selbst solche abändern oder aufheben [82]), und darin war der Grund gefunden worden, aus welchen seltener des „Landes Allmosen" begehrt wurde. Schon die goldene Bulle v. 1356 gedenkt aber, indem sie des Königs von Böhmen und der Churfürsten [83]) Freiheiten erwähnt, neben der Appellation auch der „Berufung", — wobei sich wohl an eine solche, welche auf Nichtigkeit gegründet worden, denken ließe — und eben so hat man die späteren Appellations-Privilegien als die Nichtigkeits-Beschwerde mit umfassend betrachtet [84]). Mag man aber auch

---

lege aus den leges barbarorum bei G. L. Böhmer, de prov. jur. Germ. in electis jur. civ. T. II ex. 2 §. 4 not. f.

82) Ein Beispiel liefert die hessische Rechtsgeschichte. Im 13. Jahrhundert entstand nämlich (nach einer Urkunde vom J. 1271) ein Streit zwischen dem Kloster Haina (religiosi fratres de Hegene) und dem Eberhard von Gemünden, gen. Rufus, über gewisse Grundstücke. Sie nahmen ihr Recht beim Graf Albert v. Waldenstein und Giso, judex terrae Hassiae. Das Kloster bezog sich auf Zeugen und Urkunden (literae patentes) und das Gericht nahm an, daß dadurch die possessio diutina des Klosters bewiesen, Eberhard aber Erhebliches (»rationabile«) dawider nicht vorgebracht habe, und adjudicirte daher die Grundstücke (»quiete et libere in perpetuum possidenda«) dem Kloster. Eberhard ließ es indeß dabei nicht bewenden, »predicto autem Eberhardo hoc ipsum contra justitiam reclamante et ab abbate juramentum indebite requirente, diem ipsis in Cassele praefiximus, ubi dictus abbas bona prehabita juramento obtinuit, quemadmodum nobis et pluribus est visum. Actum in Velsberg a. Dom. 1271. In die Petri et Pauli apost.« (Die Urkunde ist abgedr. in der beurk. Nachr. v. Klosterh. u. Commende Schiffenberg Th. II Beil. Nr. 153b, u. in C. Ph. Kopp's Nachrichten v. d. Verfass. d. hess. Ger. Th. I §. 205 S. 278). — Nachdem also von dem Gerichte endlich erkannt war, wurde gleichwohl auf die gegen dieß Urtheil erfolgte Einsprache (»contra justitiam reclamante«) von dem Abt des Klosters vorerst noch ein Eid gefordert. Vergl. Kopp, a. a. O. S. 279.

83) Tit. 8 a. E. u. 11; an letzterer Stelle sind freilich beide Bezeichnungen als synonim gebraucht.

84) Vergl.: Jaupp, diss. de privil. de non appell., Giess. 1771 c. 1 §. 3. — In den Hessen-Casselschen Landen konnte es zwar bis zum J. 1742 zweifelhaft erscheinen, ob, nach Maaßgabe des bereits im J. 1650 vom Kaiser Ferdinand III. dem dasigen Fürstenhause ertheilten Appellations-Privilegs, solches auch auf die Nichtigkeits-Beschwerde sich bezogen habe (vergl. jedoch: Nic. Chr. Lynker, de gravam. extrajud. cap. IX p. II §. 31 n. 3, pag. 820); nachdem aber im erstgedachten Jahre jenes Privileg in ein unbeschränktes

über die Zeit, zu welcher die Nichtigkeitsklage zuerst in Geltung kam, zweifelhaft seyn, schon am Schlusse des 15. Jahrhunderts begegnet man dem Beispiele einer solchen selbst einem K. G. Urtheil (von 1498) gegenüber [85]), und eine Reihe darauf folgender Prozessualisten und Herausgeber von Formularen bestätigen den für die Periode der deutschen Rechtsgeschichte von 1272—1517 anzunehmenden Satz, daß aus den im römischen und canischen Rechte bestimmten Gründen auch gegen rechtskräftige Erkenntnisse die Nichtigkeitsklage stattfinde [86]). Eine Unterstützung hierfür bietet insonderheit das hessische Recht aus jener Zeit dar [87]), wonach in Sachen unter 20 fl., wenn Nichtigkeit begangen worden, über das Recht geurtheilt werden sollte; abgesehen davon aber, was jene Auctoritäten anlangt: Tengler [88]), und Henning Goede [89]). Der letztere bestimmt die Bedeutung des „ordo substantialis processus ordinarii", welche Termine dabei zu beobachten seyen und in welcher Weise das Verfahren stattzufinden habe. Er unterscheidet bei diesem drei Abschnitte (partes judicii): vor der Litiscontestation, diese selbst, Ertheilung der Sentenz; indem er den Anfang des judiciarius processus mit jenem zweiten Abschnitt erst seinen Anfang nehmen läßt [90]).

---

de non appellando umgewandelt und durch Edict vom J. 1743 mit der Eröffnung bekannt gemacht worden war, daß nunmehr, statt der höchsten Reichsgerichte, wohin sonst die Appellationen bisher ergangen seyen, das Ober-Appell.-Gericht zu Cassel über die wider Urtheile und Erkenntnisse der Kanzleien erhobenen Beschwerden, ohne alle weiter an die Reichsgerichte einzuwendende Appellation, Provocation, Reduction und Supplicirung entscheiden solle (vergl. ält. Samml. d. L. O. Th. IV S. 882 fg.; über das Nähere: Kulenkamp's Beiträge zur Gesch. d. O. A. Gerichts zu Cassel, 1847, S. 1 fg.), — so erschien nunmehr jener Zweifel beseitigt.

85) v. Harpprecht, Staatsarchiv, Th. II S. 407 fg.

86) Dahin äußert sich Eichhorn, deutsch. Rechtsgesch. Th. III S. 417; Th. IV S. 427.

87) Reform.-Gesetz u. Ordn. v. 1524 Tit. „von Appellationen"; vergl. Kopp, a. a. O. Th. II §. 253 (S. 217 a. E.).

88) † 1510; Layenspiegel, Bl. 100.

89) † 1521; judiciar. ord. processus (Vitemb. 1538; Col. 1552).

90) l. cit. P. I rubr. 1: »Prima pars consistit in iis, quae fiunt ante litis contestationem et sic in praeparatoriis litis, quia ante litis contestationem pars non dicitur proprie agere, sed agere velle. — Se-

Von gleichem Standpunkt geht der zu derselben Zeit auftretende Fr. Schenck [91]) aus. Er stellt es in die Wahl der Partei den Richter, von welchem die Verletzung ausgegangen ist, oder den oberen Richter um Abänderung des Urtheils anzugehen; im ersteren Falle jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Richter ein ordinarius, nicht etwa ein delegirter sey. Als Nichtigkeitsgründe werden die meisten der bereits von seinen genannten Vorgängern bezeichneten aufgeführt [92]). Justin Gobler [93]) weist zunächst auf die regelmäßige Voraussetzung der Gewährung vollständigen rechtlichen Gehörs in Beziehung auf die That- und Beweis-Frage hin [94]); wiederholt sodann die rücksichtlich der Form,

---

cunda pars consistit in litiscontestatione et illis quae fiunt usque ad sententiae prolationem exclusive. L. C. enim est exordium litis. — Tertia pars judicii consistit in prolatione sententiae et ipsius executione et dicitur ultima pars litis. — Et sic videtur quod judiciarius processus incipit a litiscontestatione. Nam quae fiunt ante L. C. dicuntur praeparatoria litis et sunt ea, per quae actor se praeparet ad insistendum et persequendum litem. Reus autem se praeparet ad resistendum et defendendum contra litem adversus se motam.«

91) Progymnastica fori (Hal. 1537; Col. 1552) tit. 13.

92) I. ratione personae judicantis; durch Ertheilung der Sentenz, nach Erledigung der Instanz, oder nach erfolgter Recusation; durch Zulassung eines falsus procurator; Erkennung über einen andern Gegenstand, als das Klagobject bezeichnet; ferner dadurch, daß wider den solitus ordo judiciarius verfahren, z. B. der Klaglibell nicht überreicht, L. C. nicht erfolgt ist, andere solennitates judiciarii ordinis nicht gewahrt sind; es wäre denn von einer Sache die Rede, worin sine figura judicii verfahren werden konnte; dadurch, daß wider einen Abwesenden ohne die erforderliche Denunciation (ex more, rücksichtlich welcher im Näheren sich geäußert wird) erkannt worden; — II. rat. personae (der Partei), daß wider einen Verstorbenen, infirmitate detentum, minorem indefensum, Pupillen, nach Civilrecht, wenn wider die Partei bei erfolgter Vertretung derselben durch einen Procurator; — ferner III. zur Nachtzeit, — in einer zweifelhaften, dunkeln, oder in einer, weder verurtheilenden, noch absolvirenden Sentenz; — oder gegen das geschriebene Recht; oder aus einem entschiedenen Irrthum, so wie geschehen, erkannt wurde.

93) Spiegel d. Rechten (Frankf. a. M. 1573) Th. VII, v. Sentenzen. Bl. 144 fg.

94) a. a. O. Bl. 144b. fg.: „Erstlich ist inn ansprechung der Vrtheyl zu merken, daß der Richter mit höchstem Fleiß dahin sehen sol, daß er vor allen Dingen der geschicht vnd that gewiß sey, — daß er ein jeden vnn alle höre, welche eins andern vnschuld beweisen wöllen, so lange biß er zu voller vnd voll-

des Inhalts der Sentenz und ihrer Verkündigung nach dem römischen und canonischen Rechte geltenden Vorschriften und erklärt die Nichtigkeit namentlich dann für begründet, wenn die Sentenz als „dem göttlichen oder natürlichen Rechte zuwider," als eine solche befunden werde, „worin ein öffentlich Unrecht" enthalten, welche, wie z. B. ein Urtheil in der Ehe, ohne Todsünde nicht gehalten werden dürfe; wie denn auch die Rechtskraft dann nicht eintrete, „wenn das Urtheil einen öffentlichen Irrthum des Rechten habe." Hiernach wird die Nichtigkeit des Urtheils davon abhängig gemacht, daß solches entweder eine „offentliche vnbillicheyt" habe, oder daß es „des Gerichtsordnung vnd Proceß entgegen gesprochen sey". Die erstere soll „mit Zeugniß des göttlichen vnd menschlichen vnd weltlichen Rechten angezeygt vnd dargethan werden"; von der letzteren aber die Rede seyn, wann etwas deren Ding, welche in erforschung der sachen befohlen seind, nachgelassen vnd nit außgericht ist, vnd solches dargethan werden kann." In dieser Hinsicht aber wird zwischen einer „gemeinen und sonderlichen Ordnung" (juris naturalis et j. positivi) unterschieden und nur im Fall eines Verstoßes gegen die letztere die Nichtigkeit der Sentenz für begründet erklärt [95]. Petrus Termi-

---

kommener wissenschaft vnd erkantniß der sachen komme. — Aber in denen sachen, welche die Recht verhengen vnd zulassen, daß sie obenhin vnd Summarie in einer summe verhört vnd erkannt werden, nicht also strenge beweisung der geschicht vnd that erfordert wirdt —."

95) a. a. O. Bl. 147 b; 148 a: „Vnd hat zweyerlei ordnung die sachen zu erkennen, Nemlich, ein gemeine vnd ein sonderliche. Die gemeine ist, welche in allen sachen zu erkündigen, gemeingklich gehalten wirt —. Die sonderlich Ordnung aber ist, welche sonderlich in einer Sachen zu observiren vnd zu halten gebotten wirtt." Beispielsweise wird in der ersteren Hinsicht die Regel der Entscheidung des Possessoriums vor dem Petitorium bei Collision beider, der Leistung einer Satisdatio, der Stellung von Artikeln, der Production von Zeugen und Urkunden ꝛc. in Bezug genommen und der gleichwohl gegen die deshalbigen Grundsätze erfolgte Richterspruch keineswegs für nichtig und nur für durch die Appellation angreifbar erklärt, „dann solche Ding sollen vnder sich die Partheien einer von der andern fordern vnd sollen nit vom Richter erfordert werden." — „Anders bei Ding, welche zu erkündigung vnd rechtmeßiger erforschung von nöten vom Richter erfordert worden, wohin gerechnet wird, wenn die Citation der Parteien nachgelassen, das Libell nicht fürbracht,

neus [96]) führt, unter Bezugnahme auf Petrus de Ferrariis, von den Seitens desselben bezeichneten Fällen der Nichtigkeit 20 derselben auf, — nachdem schon vor ihm Chil. König [97]) in ähnlicher Weise solche erörtert hatte. Schließlich ist noch zu erwähnen: Hermann Vultejus, ein hessischer Jurist [98]), welcher in dem Jahre, in welchem der J. R. A. erging, noch einmal die bis dahin zu Recht bestandenen Grundlehren auch hinsichtlich des in Rede stehenden Rechtsmittels vortrug. Nach ihm ist die querela nullitatis die „imploratio nobilis officii judicis, qua ex defectu“ (sc. judicii ex omissa causae contentione legitime contingens) „ea quae acta sunt, petuntur declarari nulla“ [99]), welche eben so oft stattfinde, als nothwendige Erfordernisse, als Substantialien des gerichtlichen Verfahrens, verletzt würden; wäre auch nur von einem einzigen solchen Verstoße die Rede. Als Gründe der Nichtigkeit werden aufgeführt solche, die ex personis judicii (Richter und Parteien), oder ex modo processus hergeleitet werden und zu den letzteren gerechnet: die unterbliebene Wahrung des ordo judiciarius, z. B. weil ein Klaglibell nicht eingereicht, über die Bitte hinaus, gegen einen nicht Vorgeladenen, nicht ungehorsam Abwesenden, erkannt, die Litiscontestation, der Beweis streitiger Thatsachen zum Urtheil nicht erfordert, dieses in zweifelhafter Fassung, ohne die erforderliche Condemnatoria oder Absolutoria zu enthalten, nur mündlich, nicht im Sitzen ertheilt resp. verkündigt, — vornämlich aber, wenn durch die Sentenz erkannt wurde: contra manifesta jura, oder wenn aus ihr

---

Krieg nicht befestigt, Gefährdeeid nicht geschworen worden, das Urtheil nicht nach rechtmäßiger Form gefällt wäre, — alsdann mag das Urtheil nichtig gesagt werden, dieweil solche Dinge vnd stuck vmb recht geordneter Gericht willen zu halten geboten seind, auff daß der Richter wie sich gebürt vnd ordentlicher Weise zu Wissenschaft vnd erkündigung der Sachen kommen könne.“

96) gerichtl. Proceß des geschrieb. Rechts, Gewohnheit ꝛc. in Germanien (geschr. 1565) Cap. 51.

97) Proceß, Practica u. Gerichtsordn. (Leipz. 1541; 1581). Cap. CII §. 1—20.

98) de judiciis (a. 1654) lib. 4 c. 1.

99) l. cit. n. 7, 9, 10. Ausdrücklich hebt er die Eigenschaft als Querel, im Gegensatz zur Klage, hervor: »quia officio judicis proponitur, quod succedit cum actio non competit. et tamen postulantis desiderio ut satisfiat aequum est.«

ein manifestus error in facto sich ergebe, oder eine causa manifesta vel notorie falsa ihr zum Grunde liege [100]). Die principaliter — allein oder in Verbindung mit andern impugnirenden Rechtsmitteln und hier, im erstern Fall, bei dem judex gravans geltend zu machende — Nichtigkeits-Beschwerde wird eben so wie die incidenter mit der Appellation angebrachte als zulässig und nur als von verschiedener Wirkung begleitet [1]) dargestellt, auch die Lehre von Vantius, daß die Cumulation beider, bei alternativer Geltendmachung in dem früher erwähnten Sinne statthaft sey, namentlich ein Widerspruch beider Rechtsmittel in diesem Falle nicht, wie in dem der Verbindung der Nichtigkeits-Beschwerde mit der Restitution, vorliege, wiederholt, insonderheit aber der Satz vertheidigt, daß die Beschwerde über Nichtigkeit in der über Iniquität beschlossen erscheine [2]), und auch umgekehrt alsdann, wenn nur die Nichtigkeit geltend gemacht werde, der judex nullitatis nicht blos über jene, sondern auch über die Iniquität zu cognosciren und aus einer nova causa und auf den Grund neuer Beweismittel das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen oder abzuändern befugt sey [3]).

Achtes Kapitel.

§. 19.

Reichsgesetzgebung vor dem J. R. A.

Zwar waren nach den durch die Praxis der italienischen

100) l. cit. n. 12—16.

1) Während die erstere einen neuen ordo judiciarius begründe und nach erfolgter Entscheidung nicht weiter aus demselben Grund verfolgt werden könne, — falle diese mit der desert gewordenen Appellation, womit sie verbunden worden, ohne daß damit nun die selbstständige Geltendmachung als N.-Beschwerde ausgeschlossen wäre, l. cit. n. 31—41.

2) l. cit. n. 27—37 »tanquam in ejus ventre«, weshalb die Pragmatiker den Satz aufstellten: »quod causa appellationis devolvat causam nullitatis«, und daher der Richter sie beachten müsse, ungeachtet der Appellant sie nicht in Bezug genommen habe.

3) l. cit. n. 38.

Juristen ausgebildeten und in deutschen Gerichten aufgenommenen Grundsätzen die einzelnen Nichtigkeitsgründe unter gewisse Gesichtspuncte gebracht, es war mit mehr oder minderer Bestimmtheit und Folgerichtigkeit in der Anwendung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Theilen des Verfahrens, zwischen den auf den Vorschriften des natürlichen (naturalis seu divini juris) und positiven Rechts beruhenden Nichtigkeiten unterschieden, auch die Folge einer solchen insofern für beschränkt erachtet worden, als man annahm, daß nicht stets der ganze, der nichtigen Sentenz vorausgegangene (vordere) Proceß mit jener zugleich für nichtig zu erklären, vielmehr nur soviel zu beseitigen sey, als von der Nichtigkeit wirklich ergriffen wäre. Dessenungeachtet entstanden aber rücksichtlich der Frage: wann im einzelnen Fall eine solche, namentlich eine nicht zu heilende vorhanden? was insonderheit unter wesentlichen Bestandtheilen des Verfahrens und des Verstoßes wider diese zu verstehen sei? stets neue Zweifel, deren nachtheiliger Einfluß auf die Handhabung der Rechtspflege vielfach hervorgehoben worden ist und welcher darum einer Abhilfe um so dringender bedurfte, je weniger einestheils die Wissenschaft und Praxis den vorliegenden Stoff zu bewältigen und Klarheit in die Lehre zu bringen im Stande gewesen waren, und je mehr anderntheils die Schwierigkeit wuchs, zu verhüten, daß die Benutzung der Nichtigkeitsbeschwerde nach Erledigung der Appellation von Seiten des Besiegten nicht allzu leicht Eingang bei dem R. K.-Gerichte erhalte.

Die vor dem J. R. A. ergangenen reichsgesetzlichen Bestimmungen, welche in dieser Hinsicht Abhilfe zu gewähren den Zweck hatten, enthalten, in Wiederholung resp. näherer Entwickelung der namentlich von Vantius schon angegebenen Grundsätze, im Resultate Folgendes:

1. Die im Interesse der Beseitigung doppelter successiver Rechtfertigung ertheilte Vorschrift der Cumulation der Appellation mit der Nichtigkeitsklage, zwar in alternativer Weise, aber mit dem Vorzug der letzteren vor der ersteren in Ansehung der zu ertheilenden Entscheidung, für den Fall, daß nicht blos die

Iniquität, sondern auch die Nichtigkeit der Sentenz geltend gemacht wurde [4]).

2. Aus der Zulässigkeit und dem Gebot der Verbindung beider Rechtsmittel folgte

a. die Obliegenheit der Wahrung der Fatalien auch rücksichtlich der Nichtigkeitsklage und

b. daß von einer solchen Cumulation dann nicht die Rede seyn konnte, wenn die Appellation nicht mehr statthaft war.

3. Das Verfahren bei einer solchen, also incidenter — im Gegensatz zu den principaliter — vorgebrachten Nullität bestand sonach darin, daß dieselbe neben und mit der Iniquität zugleich ausgeführt und daß dabei wie in Ansehung der Appellation procedirt wurde. Nur für den Fall, daß sich aus den Actis erster Instanz eine „öffentliche Nullität" befünde, „welche in anderer Instanz nit ratificirt werden möchte," sollte auch vor der Kriegsbefestigung und ex officio darüber endlich erkannt werden dürfen [5]).

4. Wurde nun die Nichtigkeit nicht dergestalt erfunden, daß dadurch einer Partei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschah, so sollte das K. Gericht die vordern Proceß, anderer Förmlichkeiten halber, als nichtig nicht verwerfen [6]); positiv gefaßt lautete sonach die Bestimmung dahin: die Nichtigkeit wird erfunden, wenn und in so fern der Partei ein unwiderbringlich Unrecht geschehen ist, ein Satz, der, wenn auch eben so fremd den Bestimmungen des römischen, wie denjenigen des canonischen Rechts, von den Juristen schon vordem gelehrt, in seinen Wirkungen rücksichtlich des Umfangs aber für die Lehre von großer Bedeutung war [7]).

---

4) K. G. O. v. 1521, Tit. 21 §. 1; v. 1523 Tit. 5 §. 6; v. 1555 Tit. 3 §. 34 (Conc. z. K. G. O. v. 1613 Th. III Tit. 40 §. 1).

5) K. G. O. v. 1555 Th. III Tit. 34 (Conc. d. K. G. O. v. 1613 Tit. 40) §. 2.

6) K. G. O. v. 1521 Tit. 21 §. 1; v. 1555 Th. III Tit. 34 (Conc. d. K. G. O. v. 1613 Tit. 40) §. 1.

7) „Nach römischem und zum Theile noch nach canonischem Rechte waren die Wirkungen der Nichtigkeiten offenbar nicht überall in ein angemessenes Verhältniß mit dem Mangel, der der Nichtigkeit zum Grunde lag, gesetzt. Wenn es unbedingt Grundsatz war, daß eine Nichtigkeit das Urtheil und den ganzen

5. War die Nullität allein vorgenommen, so sollte derselben halber, wie in extraordinariis (in Sachen simplicis querelae) gezeigt, in dem Termine fortgefahren werden [8]).

6. Die Ursachen der Nullität mußten, resp. neben der der Iniquität, in der Klage speciell angegeben werden [9]).

Ueberblickt man diese Anordnungen der Reichsgesetze, so bieten sich besonders zwei Momente der Betrachtung dar:

1. Einmal die Frage: ob dadurch dem bei der Rechtspflege, wie angedeutet, hervorgetretenen Uebelstand einer bestimmteren, als bisher bestandenen, Bezeichnung derjenigen Mängel im

---

Proceß vernichtete, so reichte oft die Wirkung weiter, als die Ursache forderte. Wenn nun die spätere Praxis die Wirkung mehr in ein richtiges Verhältniß zur wirkenden Ursache brachte, so wurde diese dadurch in ihrem Wesen keineswegs verändert, d. h. eine Nichtigkeit hörte dadurch weder auf, das Mangelhafte nichtig zu machen, noch auch als Nichtigkeit beurtheilt zu werden; sondern sie vernichtet nur so viel, als nothwendig durch den Mangel, der in der Nichtigkeit lag, berührt, fallen mußte. Auch ist dadurch, daß eine Nichtigkeit nicht die Cassation des ganzen Processes bewirkt, solche nicht aus dem Gebiete unheilbarer in das der heilbaren Nichtigkeiten getreten; denn die Eigenschaft des heilbaren und unheilbaren muß ihrem Begriff nach absolut seyn —", Linde, Handb. d. Civilproc. B. V S. 495. — Mit der im Text erwähnten reichsgesetzlichen Vorschrift, daß der Proceß, solcher Nichtigkeiten ungeachtet, aufrecht erhalten werden solle, so oft dadurch der Partei kein Unrecht oder Nachtheil in der Hauptsache (in Beziehung auf den Erfolg der Streitverhandlung) widerfahren sey, waren viele unfruchtbare Nichtigkeits-Beschwerden beseitigt, deren Geltendmachung ohne reellen Werth für den Beschwerdeführer seyn mußte. Hatte z. B. der Richter im ordentlichen Proceß in gesetzlich ungerechtfertigter Weise einer Partei den Gegenbeweis abgeschnitten, so lag darin allerdings an sich eine Verletzung des formellen Vertheidigungsrechts; aber in dem Fall eine für die Partei völlig unnachtheilige, wenn es, wegen unterbliebener Führung des Hauptbeweises, auf den Gegenbeweis gar nicht ankam, Briegleb, Einleit. in d. Theor. d. summ. Proc. §. 29 (S. 100): „Es ist übrigens diese ganze Vorschrift im Grunde weiter nichts, als eine nothwendige Folge des allgemeinen Grundsatzes: daß jedem formellen Recht, dessen Ausübung dem Berechtigten keinen reellen Nutzen gewährt, wie die älteren Juristen sagen, die Einrede tua non interest entgegensteht, und daß namentlich die Rechtsmittel gegen richterliche Verfügungen schlechterdings eine Verletzung, ein gravamen praesens, des Beschwerdeführers voraussetzen."

8) K. G. O. v. 1523 Tit. 5 §. 7; v. 1555 Th. III Tit. 44 (Conc. z. K. G. O. v. 1613 Tit. 40) §. 3.

9) K. G. O. v. 1527 §. 23; v. 1555 Th. III Tit. 34 §. 4.

Proceß, welche man als dessen wesentliche Bestandtheile, unter den manchfachsten Modificationen, aufzufassen und zu rechtfertigen bis dahin gesucht hatte, wirksam begegnet worden sey? und sodann

2. die andere damit zusammenhängende Frage: wie dem erfahrungsmäßigen Mißstande, daß nach Versäumung der Appellation noch dreißig Jahre lang alle Arten von Nichtigkeiten, selbst solche, wegen deren reichsgesetzlich die vorderen Processe nicht aufgehoben werden durften, sondern, was in der Hauptsache Rechtens war, erkannt werden mußte, Abhilfe zu geschehen habe und wie sonach damit die Rechtskraft der Urtheile zu sichern sey?

In der ersteren Beziehung, die schärfere Fassung der Nichtigkeitsgründe betreffend, hatte das römische und canonische Recht dieselben bezeichnet, die Juristen des Mittelalters und der späteren Zeit solche nicht blos unter leitende Gedanken, sondern auch die Anforderung an sie gestellt, daß sie auf das Wesentliche sich bezögen und die erwähnten reichsgesetzlichen Vorschriften hatten dieses Erforderniß durch die Bestimmung erweitert, daß durch den Verstoß wider jene Mängel der Partei ein unwiderbringliches Unrecht geschehe. Da das, was unter dieser Voraussetzung zu verstehen sey, nach dem oben angedeuteten Zusammenhang derselben mit der Wirkung der Nichtigkeit, kaum zweifelhaft seyn konnte, so hätte man annehmen dürfen, daß die oben aufgestellte erste Frage unschwer zu beantworten gewesen wäre, wie denn dieß auch der Ansicht später zu erwähnender Juristen entspricht. Und doch leiteten die Verhandlungen und Beschlüsse auf Veranlassung des J. R. A. gerade auf diesen Punct vorzugsweise hin und er ist der Brennpunct für die später hervorgetretenen, in der Wissenschaft zum großen Theil noch ungelösten, Zweifel geworden.

In der andern Beziehung konnte dem angedeuteten Uebelstande durch Erstreckung der Verbindlichkeit zur Fatalien-Wahrung sowohl auf die Nichtigkeits- als Appellations-Beschwerde, — oder durch die Abkürzung der Verjährungs-Frist für jene, unter Eröffnung der Restitutionsertheilung in den geeigneten Fällen, — oder, neben Beibehaltung der incidenter anzubringenden Nichtigkeits-Beschwerde, durch Beschränkung der principalen auf

die, nach dem zu 1. Bemerkten, im Laufe der Zeit entstandenen, einen unwiederbringlichen Nachtheil zur Folge habenden Gründe, in der durch die Beschaffenheit eines jeden beschränkten Wirkung, abgeholfen werden [10]). In welcher Weise durch den J. R. A. der erste mit dem dritten Ausweg in Verbindung gebracht und mit welchem Erfolge eine Lösung des vorstehend gedachten Problems versucht worden ist, wird sich aus dem Nachstehenden, zunächst aus der Entstehungsgeschichte jener Reichssatzung, ergeben.

Neuntes Kapitel.

Der J. R. A. von 1654 §§. 121 und 122.

§. 20.

1. Geschichte seiner Entstehung.

Die Erforschung der Entstehung des J. R. A. von 1654 wurde in Hessen-Cassel vornämlich durch einen in der Mitte des 18. Jahrhunderts auf Veranlassung eines in höchster Instanz daselbst zur Entscheidung gelangten Rechtsfalles [11]) angeregt. Die demselben zum Grund gelegten Verhandlungen, wie sie durch v. Meiern [12]) bekannt geworden sind, geben darüber kürzlich folgende nähere Auskunft:

Nachdem, auf Veranlassung der im J. 1641 vom Kaiser dem Reichstage vorgelegten Proposition rücksichtlich der Verbesserung der Reichsjustiz, das R. K. Gericht in seinem Gutachten vom 16. Juni 1643 im Betreff der Verhütung zu häufiger Appellationen sich geäußert hatte [13]), wurde von Seiten einzelner Reichsstände zugleich in Beziehung auf die Nichtigkeits-Beschwerde erinnert und zwar von Bayern, daß, nachdem in camera inter sententiam nullam et injustam so weit ein Unterschied gemacht worden, „daß ratione illius nicht vonnöthen, intra certum tempus die querela nullitatis zu in-

10) Vergl. Linde, a. a. O., S. 497.

11) Decis. Cass. T. I. dec. 118.

12) acta comit. Ratisb. (Gött. 1740) Th. II B. 8.

13) v. Meiern, a. a. O. S. 29 Nr. 5; B. 9 S. 150 fg.

terponiren, sondern solches innerhalb 10, 20, 30 und mehr Jahren zu thun vorbehalten gewesen, also zu Abschneidung solcher Weitläufftigkeit und damit der obsiegende Theil wissen möge, ob und wenn die für ihn ergangene Urtheil in ihre Krafft und Wirksamkeit erwachsen, nicht undienlich seyn würde, wann dieser Unterschied gantz aufgehoben und statuirt werden sollte, sowohl a sententia nulla alß injusta intra decendium zu appelliren." Pommern bemerkte hinsichtlich der von Bayern vorgeschlagenen Aufhebung der Unterscheidung zwischen sent. nulla und iniqua ratione termini interponendi: „Man erinnere sich zwar gar wohl, welchergestalt vielmals cauti litigatores sich des Remedii nullitatis longo tempore competentis sofern zu mißbrauchen pflegen, daß sie per ejusmodi viam pendente nullitatis cognitione nach und nach ipsam injustitiam vel iniquitatem sententiae haubtsächlich zu insinuiren und zu deduciren und die Execution der vorher bereits in Krafft erwachsenen Urtheil dadurch zu retardiren sich unterstehen dürffen, dergleichen Calumniis dann billig auf alle thunliche Weiß zu begegnen und vornemlich zu solchem End nicht undienlich seyn möchte, einen gewissen kurzen Termin zur Einbringung der Nullitäten anzusetzen." Das Bedenken wegen der Limitation des Decendii für den Fall, „daß insonderheit durch den Eid oder in andere trugliche Weg nachgewiesen werden könnte, daß erst nach Ablauf desselben die qualitates nullitatis in Erfahrung gebracht und ein apparens aut praesumtivum vitium dadurch bestätigt werden sollte", wurde dagegen zu weiterem Nachdenken gestellt. Hessen vereinigte sich mit Bayern unter der Limitation Pommerns, neben Hinweisung auf die Appellations-Privilegien. Die Majora gingen nun auch dahin, daß es bei dem bayerschen Vorschlag sein Verbleiben behalte, und der in dem Pommerschen Voto geschehenen Erinnerung ferner nachzudenken sey. Die Frankfurter Reichsdeputation erstattete sodann ihr Gutachten vom 20. Juni 1644 dahin, daß in dem künftigen Reichs-Dep.-Abschied zu sanciren sey „quod fatale interponendae appellat. tam a sententia injusta quam a sent. nulla decendium esse debeat und daß der, welcher sich per sent. nullam beschweret zu seyn vermeint, nicht zugelassen werden solle, wenn er intra decendium von solcher Beschwerung nicht provocirt habe. Würde

gleichwohl der verlustigte Theil, nach erörtertem Proceß nullitatem sententiae in Erfahrung bringen, solle derselbe restitutionem in integrum zu suchen und nullitatem zu deduciren befugt seyn [14])." Von der ordentlichen, aus allen drei Reichscollegien zusammengesetzten, Reichsdeputation wurde den 27. Juli 1653 über das Frankfurter Deput.-Gutachten dergestalt sich geäußert: „7. Bei dem §. XI ist erinnert worden, daß wenn eine Parthey gleichwohl dociren könnte, daß notorie in concipiendis sententiis nullitates mit eingeloffen, solche ad rest. in integrum zu lassen, obgleich das decendium nicht observirt, doch in allewege solche Restitution praevio prius juramento suchen und vorhero ablegen solle" [15]).

Noch zur Zeit war demnach gar kein Unterschied unter den Nullitäten gemacht und noch weniger darauf gesehen, woher solche stammten; vielmehr wollte man sie überhaupt von den Fatalien und Formalien abhängig machen, woneben nur zuletzt noch das Weitere bestimmt wurde, daß im Fall der Verletzte die Nichtigkeitsgründe erst nach Ablauf des Decendiums in Erfahrung gebracht hätte, ihm, jedoch erst nach Leistung des Rest.-Eides, die Restitution offen bleiben solle. In der Relation der Reichsdeputation dagegen wurde zum ersten Male jener Unterschied berührt, indem es darin heißt: „bey der 11. Cautel wird es bei der Frankfurter Deputirten Meynung, daß nehmlich auch a sententia nulla intra decendium appellirt werden solle, quoad nullitates ex formalitate et subtilitate processus resultantes gelassen. Soviel aber diejenigen nullitates betrifft, welche insanabilem defectum ex persona judicis, aut partium oder ex substantialibus processus haben, bleibt es bei dem jure communi [16])." Dieß Project wurde denn auch nach nochmaliger Erwägung nicht abgeändert, sondern den 1. October 1653 bei der allgemeinen Reichsversammlung also übergeben [17]). Die Stände verglichen sich hierauf, zufolge des allgemeinen Reichsgutachtens vom 10/20 Dec. 1653, worin der Nullitätspunct

14) Ders. a. a. O. B. 10 S. 202.
15) Ders. a. a. O.
16) Ders. a. a. O. S. 408, 419.
17) Ders. S. 419.

aus den Verhandlungen berührt wurde, dahin: „— wäre — durch künftigen Reichsabschied zu sanciren, quod fatale interponendae appellationis, tam a sententia injusta, quam a sent. nulla, wenn die nullitas ex formalitate et subtilitate processus herfließe, decendium esse, ita et fatale introducendae, prout in appellatione a sententia iniqua sub praejudicio desertionis observari debeat und daß der, welcher sich per talem sententiam nullam beschwehrt zu seyn vermeynet, nicht zuzulassen, wenn er intra decendium von solcher Beschwehrung nicht provociret. Würde gleichwohl der verlustigte Theil nach erörtertem Proceß nullitatem sententiae in Erfahrung bringen, soll derselbe rest. in integrum zu suchen und zu deduciren befugt sein. Soviel aber diejenigen nullitates betrifft, welche insanabilem defectum ex persona judicis aut partis, oder ex substantialibus processus haben, wäre es bey dem jure communi zu lassen [18]." Dieß Gutachten wurde aber dem Kaiser nicht sofort übergeben, vielmehr nahmen es die Stände in nochmalige Deliberation. Am 13/23 April 1654 erfolgte indeß die kaiserliche Bestätigung desselben: „betreffend die bis anhero strittig gewesene Frage, ob die appellationes, welche a sententia nulla interponirt werden, eben sowohl als diejenigen, welche contra sententiam iniquam gesucht, innerhalb 10 Tagen a die publicationis zu interponiren, lassen Ihro K. Majestät der Stände Meynung, daß nehmlich in allen beyden Fällen das fatale interponendae das decendium seyn soll — sich wohlgefallen" [19]). Diese Resolution bezog sich also auf das vorausgegangene Reichsgutachten, war mithin nur dahin zu verstehen: daß die nullitates, welche ex formalitate et subtilitate processus herfließen, an die Fatalien gebunden seyn, — diejenigen aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters und der Parteien oder aus den Substantialien des Processes an sich tragen, nach dem gemeinen Recht behandelt, also noch binnen 30 Jahren gehört werden sollen.

Von den auf den merita causae sich beziehenden Nichtig-

18) Ders. S. 444.
19) Ders. S. 641.

keiten war nach dem Bisherigen nicht die Rede gewesen. Dieß geschah erst im Verfolg der weiteren Verhandlungen. Die Stände nahmen nämlich auch diese letztere Resolution des Kaisers im Fürstenrath (18/28 1654) in weitere Berathung und hier wurde von Salzburg [20]) dafür gehalten: „2. Habe man bei dem fatale decendii in causis nullitatum quoad jus gentium et positivum im Gutachten einen Unterschied gemacht, befinde vor gut, daß solcher in den Reichsabschied gesetzt werden möchte." Das Conclusum vom gedachten Tage enthielt die Stelle: „Der Nullitäten halber wird wiederholt, daß ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das jus naturale lauffend und den n. juris positivi zu machen, dergestalt, daß in diesen das fatale decendii sowohl, als in den appellationibus hinführo statthaben, in jenen es aber wegen der Zeit, in welcher die Klage der Nullität einzuwenden, bei den gemeinen Rechten gelassen werden solle." Dieser Beschluß wurde in das gemeinsame Gutachten der drei Reichscollegien aufgenommen und erhielt unterm 23. April und 3. May 1654 die kaiserliche Bestätigung dahin: „Schließlich finden Ihre K. Majestät gleichfalls billig, daß auch dasjenige, was ratione der differentiae inter nullitates contra jus naturale et civile in ihrem Gutachten erinnert worden, in Acht genommen werden soll [21]). Nachdem jedoch in der Reichscanzley die Worte des früheren Beschlusses in die über den Reichsabschied ausgefertigte Urkunde aufgenommen worden war, erfolgte dessen Vorlesung in der Reichsversammlung vom 7/12. May 1654 und des Kaisers Unterzeichnung am 17/27. May 1654. Es lauten aber danach die beiden einschlagenden §§. des J. R. A. so:

§. 121. „In dem auch nunmehr, zum Zehnden, von vielen Jahren hero mit vieler Zeit Verlierung unnöthiger Dingen vielfältig disputirt worden, ob sententia nulla oder justa sich erhalte, und zwar darum allein, daß a sententia nulla in 30 Jahren die Klag proseqviret, a sententia iniqua aber intra decendium appellirt werden kan und solle, so solle zu Verhütung

---

20) Ders. a. a. O. S. 646.
21) Ders. S. 653; 657.

dergleichen unnöthigen Gezäncks, in allen beyden Fällen, das ist, a sententia tam nulla quam iniqua, das fatale interponendae obſervirt, darüber auch hinfüro bey Unſerm Cammer-Gericht ſtät vnd veſtiglich gehalten werden."

§. 122. „Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Perſon des Richters, oder der Parthey, oder aus den substantialibus processus nach ſich führen, verbleibt es bey der Diſpoſition der gemeinen Rechten".

Hiernach iſt denn alſo, — abgeſehen von der Unterſcheidung zwiſchen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten, — bei der Frage: ob eine Nichtigkeit vorhanden ſey? die Vernachläſſigung weſentlicher Beſtandtheile entſcheidend; nur ſie macht das Urtheil nichtig; wohingegen bei Nichtbeachtung außerweſentlicher Mängel die Obligenheit zur Wahrung der Appellations-Fatalien eintritt, woraus folgt, daß ſie das Urtheil nicht ungiltig macht. Nur in ſo weit waren demnach die oben (S. 96 fg.) angedeuteten, einer Löſung durch eine Reichsſatzung bedürfenden, Bedenken beſeitigt; dahingegen aber durch die Faſſung des §. 122 inſofern neuen Verlegenheiten, reſp. Chicanen der Weg geöffnet. Denn unter der Bezeichnung insanabiles defectus und Verſtöße wider Subſtantialien des Proceſſes wurden die frivolſten Beſchwerden bei den Reichsgerichten erhoben, der Zuſtand ſtellte ſich im Vergleich zu dem vor dem J. R. A. beſtandenen, in ſeinen Folgen, im Weſentlichen nicht als davon verſchieden dar.

§. 21.

2. Auffaſſung reſp. Auslegung des J. R. A. in der Doctrin und Praxis.

Die Hauptanſichten über den Sinn und die Bedeutung der angeführten Vorſchriften des J. R.-Abſchieds ſind folgende:

I. Diejenige, wonach man in dem bezeichneten Inhalte des J. R. A., mit Rückſicht auf die Geſchichte deſſen Entſtehung, eine hinlänglich klare und beſtimmte Vorſchrift fand. Die Gründe dafür ſind aber dieſe:

1. Die Worte des §. 122 „insanabilis defectus ex substantialibus processus", — auf welche der Zweifel ſich con-

centrirt, — finden ihre genügende Erläuterung in der K. G. Ordn. v. 1555 Th. III. Tit. 34, wonach das Substantiale der Nichtigkeit sowohl darin, daß gegen einen seiner Natur nach wesentlichen Bestandtheil des Processes verstoßen worden ist, als darin zu finden ist, daß dieser Verstoß einen unwiederbringlichen Nachtheil zur Folge hat, und darum auch in höherer Instanz nicht sanirt werden kann. Der in der zuletzt genannten Stelle vorkommende Ausdruck „öffentliche Nullität" bietet aber an sich keine Schwierigkeit hinsichtlich der Vereinigung mit jener dar, wenn gleich er allerdings wegen seiner Allgemeinheit zur Bestimmung des J. R. A. führte.

2. Die Worte „ex substantialibus processus" lassen sich namentlich nicht auf einen andern Gegenstand, als auf die wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens beziehen. Der Zweifel, ob nicht zu solchen auch das Urtheil selbst wesentlich gehöre, die Anwendung der Gesetze also namentlich Gegenstand der Substantialien des Verfahrens und folgeweise ein Verstoß wider solche auch als wider jene begangen zu betrachten sei? wird demnach verneinend beantwortet.

2. Hieraus folgt aber, daß durch den J. R. A. das gemeine Recht keineswegs in allen seinen Bestimmungen, welche auf die Nichtigkeit sich beziehen, hat anerkannt, vielmehr nur, daß durch die im §. 122 erwähnten Gattungen von Nullitäten, in ihrer zu 1. angedeuteten näheren Bestimmung, haben zur Geltung gebracht werden sollen [22]). Unterstützung findet dieser Schluß

---

22) Schnaubert, Erört. d. Lehre v. heilb. u. unheilb. N. (Gießen 1780) geht von solcher beschränkenden Auslegung des §. 122 aus, hält namentlich die Nichtigkeit wegen Verstoßes wider das jus in thesi für unhaltbar (§. 16) und keine andere, als die im §. 122 des J. R. A. wörtlich bezeichneten Nichtigkeiten, für rechtlich statthaft, jedoch die Restitution wider die Versäumung des Decendiums für zulässig, wenn der Verletzte erst nach der Erörterung im Verfahren von der Nullität Kenntniß erhielt (§. 23). Gegen diese zuletzt gedachte Ausnahme: Röder, Beitr. zur L. v. d. Nicht. (S. 76); — Mehlen, über Appellation u. andere Impugn.-Mittel 2c. (Berl. 1791) §. 160, 168; v. Ahornrain, Bemerk. üb. d. N.-Beschw. (Augsb. 1812); — Mittermaier, gem. deutsch. Proc. 3. Beitr., 1823, S. 87—105; im Archiv f. civ. Pr., Th. I. S. 171; — Briegleb, Einleit. in d. sum. Proc. (Gött. 1859) §. 29 (S. 102): „Es ist für die Bestimmung der Ausnahmefälle, welche der §. 122 noch zuläßt,

auch in sofern durch die vorausgegangenen Reichsgesetze, als darin geradezu von Unförmlichkeiten des Processes in Beziehung auf die Richtigkeitsklage, von dem Verbote, bei deren Beurtheilung auf die merita causae und dem Gebote, nur auf die Verhandlungen der vorigen beschlossenen Acten Rücksicht zu nehmen, die Rede ist, die Nullität des gesprochenen Urtheils, der des Verfahrens überhaupt und der Iniquität des Rechtsspruchs, also des Materiellen im Urtheile, entgegen gesetzt wird [23]), daher bemerkt denn auch Linde [24]): „Die Ansicht, welche sich dem Worte und Geiste des J. R. A. vollkommen anschließt, begreift unter Substantialien des Processes die unentbehrlichen Formen des Verfahrens, und Nullitäten, welche unheilbaren Mangel aus den Substantialien des Prozesses nach sich führen, können stets nur in Fehlern in procedendo, niemals aber in Fehlern in judicando ihren Grund haben".

4. Die Bestimmung der einzelnen Fälle eines Verstoßes wider die Proceß-Essentialien bleibt dann, nach den bereits angegebenen gemeinschaftlichen Grundsätzen des Verfahrens überhaupt, namentlich aber wie er im Speciellen durch den Gerichtsgebrauch sich ausgebildet hat, überlassen. In jener Hinsicht sind die in Betracht kommenden Hauptmomente als in der Person des Richters und jedes der Streittheile, in der Klage, dem vollständigen Gehör beider Theile, unter gewissen Voraussetzungen im Klagobject, Beweis, Urtheil — soweit nicht von materiellen Fehlern die Rede ist — in der Execution, angedeutet zu finden [25]). Die Grundlage für eine deshalbige Entscheidung

---

als entscheidendes Merkmal nicht der Umstand hingestellt, daß die Nullität einer der drei Kategorieen, — womit ja, da in diesen drei Classen alle drei denkbaren Nullitäten mit alleiniger Ausnahme des Erkennens contra jus in thesi und contra rem judicatam begriffen sind, durch die Ausnahme die ganze Regel so gut wie beseitigt wäre, — sondern vielmehr der Umstand, daß die Nullität im gegebenen Fall einen insanabilem defectum nach sich führe."

23) R. G. O. v. 1521 §. 21; v. 1523 Tit. 5, v. 1555 Th. III. §. 17.

24) Handb. d. Civilpr. B. V S. 523; vergl. auch: Bayer Vortr. S. 517 fg.

25) Röder, Beiträge zur Lehre v. d. Nicht.-Beschwerde (Bernb. 1831) S. 118 fg.: „Das Neue, was der J. R. A. festsetzte," so führt derselbe aus, „war: Er beschränkte nur die bisherige Masse der Nichtigkeiten und gab zu deren Erkennung ein Prinzip an, das deutlicher war, als das bisher von den

ist aber nur in der früher in ihren Grundzügen angegebenen Geschichte des J. R. A. und namentlich in den damals bekannten Ansichten der älteren Juristen rücksichtlich der Verschiedenheiten in den Verletzungen der Formen zu finden. Mit italienischen Juristen, wie J. P. de Ferrariis (S. 77), unterschieden auch deutsche, wie Goede (S. 88), Gobler (S. 89) zwischen Substantialien des Processes und Formalien, welche es nicht sind, der letztere insonderheit zwischen gemeiner und sonderlicher Ordnung (juris naturali et j. positivi), welche erstere „zur erkün-

---

Reichsgesetzen gegebene." — „Da — die N.-Querel nur zur Abhilfe von Formfehlern im Proceß eingeführt und insanabilis defectus mit irreparabilis defectus gleichbedeutend, die nullitas aus dem letzteren aber eine solche ist, welche in anderer Instanz nicht ratificirt und aufgehoben werden kann, oder welche einen unwiderbringliches Unrecht zufügt, so fragt es sich nur, was Substantialien sind, um daran die Voraussetzungen des §. 122 zu prüfen (S. 119. 120). Im Gegensatz gegen die positivrechtlichen Formalitäten sind es die natur- und begriffswesentlichen Bestandtheile eines Processes. Die Natur der Sache weist hin auf die Urprincipien aller Processe; als solche Proceßsubstantialien sind zu betrachten: 1. der Richter; 2. der Kläger; 3. der Verklagte — wohingegen die Proceßlegitimation des Anwalts der beiden Parteien als positiv gesetzliche Anordnungen sich darstellen —; 4. die Klage; 5. das Wechselgehör; 6. das Urtheil; wohingegen Mängel in Ansehung des Streitobjects, im Beweis- und Executions-Verfahren um deswillen zu wesentlichen Richtigkeiten schlechthin nicht gerechnet werden, weil die deshalbige Beschwerde in anderer Instanz gehoben werden könnte. — Dergleichen Verstöße wider wesentliche Proceßgrundsätze allein sind, nach des Verf.'s Ansicht, unheilbare Richtigkeiten, welche, nach Ergreifung der eigentlichen ordentlichen Rechtsmittel, durch fernere Erörterung in einer nachfolgenden Instanz nicht aufgehoben und ausgeglichen werden können. — Ueber das Streitverfahren hat der J. R. A. sich nicht bestimmt erklärt. Es dient aber als Erkenntnißmittel des streitigen Rechts; ist es mangelhaft, so kann die richterliche Rechtsansicht, die daraus schöpft, nicht klar, deutlich, vollständig, und der Rechtsanspruch nicht giltig seyn. Der Theorie liegt es daher ob, diesen wichtigen Gegenstand nach den gegebenen Principien des deutschen Rechts zu entwickeln, das Wesentliche im Proceßverfahren zu bestimmen (S. 121—130). — Alle Materialfehler im Urtheil (Stoff, Inhalt) sind keine Formfehler, daher heilbar, und nur durch ordentliche Rechtsmittel zu ratificiren. Dahin gehören: der Mangel der Verurtheilung oder Entbindung von der Klage, wenn das Urtheil die Sache nicht ganz entscheidet, dem Antrag der Partei nicht gemäß ist, Unmögliches, Unerlaubtes zuerkannt, gegen klares Recht, die Acten, rechtskräftiges Urtheil erkannt (S. 130—133), — auf falsche Beweismittel (ex falsa causa) entschieden ist (S. 134); Rechnungsfehler können nicht in Rechtskraft übergehen und begründen daher gleichfalls keine Richtigkeit (S. 135).

digung und rechtmäßiger Erforschung vonnöthen (vmb recht geordneter Gericht willen) vom Richter erfordert würden"; gesetzlichen Anhaltspunct aber bot das bereits früher (S. 68) erwähnte vereinfachte Verfahren im canonischen Rechte [26]) dar. Diese Unterscheidungs-Merkmale wurden bei den Vorverhandlungen zum J. R. A., nach dem früher (S. 93 fg.) Angeführten, in Bezug genommen, in den §§. 121 und 122 des J. R. A. aber, wenn auch nicht unter jener Bezeichnung, doch der Sache nach ausgedrückt; indem der letztere §. nur von den Substantialien juris naturalis, der erstere aber von beiden redet. Hiernach hat man unter jenen diejenigen Formen zu begreifen, ohne deren Wahrung der Zweck des gerichtlichen Verfahrens nicht zu erreichen steht. Wie aber rücksichtlich der Frage, welche einzelne Formen zu solchen Substantialien zu rechnen sind, allerdings zunächst die Lehre der dem J. R. A. vorausgegangenen Praktiker [27]) entscheidend war, so ist, wie bereits angedeutet worden, daneben der Gerichtsgebrauch in den einzelnen deutschen Ländern, nach Maaßgabe der in jedem derselben zur Geltung gelangten Auslegung der in Rede stehenden Vorschriften des J. R. A., zunächst maaßgebend.

Das Resultat dieser ersten Ansicht wäre demnach: Zufolge des §. 122. sind Mängel sowohl in der Person und Zuständigkeit des Richters, welche die Praktiker als defectus et insanabiles et irreparabiles bezeichneten; — als in der der Parteien rücksichtlich ihrer Legitimation zum Processe und zur Sache — sofern nicht eine Beseitigung des Defects in den Verhandlungen erfolgt — ferner rücksichtlich ihrer Fähigkeit vor Gericht aufzutreten, Mängel ihrer Vertretung im Fall bestehender Unfähigkeit; — endlich Verstöße wider die Substantialien des Processes in dem im Vorstehenden näher dargelegten Sinne, — diejenigen, welche bei dem heutigestags gemeinrechtlich geltenden Nullitäten-System in Betracht kommen.

II. Der bisherigen Auffassung der Bedeutung des J. R. A. steht direct diejenige entgegen, welche unter den Proceß-Sub-

---

26) cl. 2 de V. S. (5. 11).

27) Außer den genannten vergl. besonders Vantius, l. cit. tit. II n. 7 §. 247, woselbst die Einzelnheiten sich finden.

stantialien nicht blos die äußern Formen des Verfahrens, sondern auch die materielle Unrichtigkeit oder Gesetzwidrigkeit des Urtheils begreift, von der Ansicht also ausgeht, daß durch jene gesetzliche Vorschrift das römische und canonische Nullitäten-System im Wesentlichen nicht verändert worden sey. Diese Consequenz wurde aber in ihrem vollen Umfang nicht von allen Vertheidigern jener Auslegung vertreten. Die Verschiedenheiten darin bestehen in folgenden:

A. Die erste, weitgreifendste und, man darf wohl sagen, gewagteste [28]) ist diejenige Ansicht, welche vornämlich in Hessen vertheidigt worden und daselbst zur usuellen Geltung gekommen, daneben aber auch auf die Doctrin und Praxis anderwärts nicht unfruchtbar geblieben ist. Es liegt ihr der Zweifel zum Grunde, ob, wie oben (S. 101 fg.) angeführt worden ist, der J. R. A. in der in Rede stehenden Richtung dergestalt zur Publication gelangt sey, wie es den vorausgegangenen, die materiellen Nichtigkeiten mit berücksichtigenden, Verhandlungen entsprochen habe. Man ging davon aus, daß, nachdem durch das Fürstenraths-Conclusum vom 18/28 April 1654 bestimmt worden sey, daß ein Unterschied zwischen den wider das jus naturale anlaufenden Nullitäten und denjenigen, welche das positive Recht festsetze, gelten müsse, zu jenen aber auch aus den meritis causae herzuleitende gehörig seyen und jenes Conclusum von den drei Reichscollegien und vom Kaiser Genehmigung erhalten habe, ein Reichsschluß also ergangen sey, — so könne darin, daß solcher in dem J. R. A. nicht berücksichtigt worden, ein in denselben übergegangener Irrthum, der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers in der gedachten Beziehung keineswegs gefunden, es müsse daher für den Fall eines Verstoßes wider die merita causae unheilbare Nichtigkeit für begründet erachtet werden. Auf Veranlassung einer bei dem O. A. Gerichte principaliter angebrachten Nichtigkeitsbeschwerde in einer rücksichtlich

---

28) War ja doch schon in Hessen durch die Sammthofgerichts-Ordn. vom 5. May 1673 Tit. 10 §. 4 ausdrücklich auf die „Reichs-Ordnung" hingewiesen, und solche als normativ anerkannt worden; unter solcher aber unzweifelhaft nur der J. R. A. v. 1654 in seinen einschlagenden §§. 121 und 122 zu verstehen; vergl. Kulenkamps Anmerk. zur alleg. S. H. G. Ordn. (I. 206 Not. *).

der Appellationssumme dahin nicht erwachsenen Sache, in welcher die Wichtigkeit in die vorinstanzliche Annahme eines nicht erfolgten Geständnisses einer Partei gesetzt war, wurde der gedachten Annahme Folge gegeben und der Nichtigkeitsproceß eröffnet. Bei der Wichtigkeit der Frage erscheint die nähere Mittheilung des Rechtsfalles, mit Rücksicht namentlich auf die bei der Abstimmung hervorgetretene Verschiedenheit der Begründung des gedachten Rechtsmittels, von Interesse.

Der Ingenieur R. wurde von den Erben eines Gastwirths M. auf Zahlung schuldiger Zehrungs- und Fütterungskosten, unter Angabe der Zeit und des Betrags der Preise der einzelnen Mahlzeiten 2c., belangt. Wiewohl er die Anzahl der letzteren und die dafür angesetzten Preise bestritt, wurde gleichwohl sein Geständniß angenommen und verurtheilend von der ehemaligen Regierung gegen ihn erkannt. Er wendete sich mit der Nichtigkeits-Beschwerde an das O. A. Gericht und es wurde hier die Frage erörtert: ob die dem angefochtenen Bescheide zum Grund gelegte causa erronea et falsa eine solche Nullität involvire, die, auch neglecta appellatione et deficiente summa appellabili, bei dem gedachten Tribunal zur Cognition gezogen werden könne? Der Referent ging nun, unter Bezugnahme auf den J. R. Abschied §§. 121 und 122, von dem Satze aus, daß eine Sentenz, welche nullitate insanabili laborire, nicht rechtskräftig werde, et ita ad declarandam nullitatem semper agi et excipi possit. Zwar scheine es, bemerkte derselbe, als wenn im §. 122 die Nullitäten, welche merita causae beträfen, insbesondere die, si sententia ex falsa causa, in ipsa sententia expresse lata sit, nicht zu den null. insanabiles gehörten, indeß seyen doch die letzteren keineswegs in so enge Grenzen, wie manche Juristen (Wernher, Grönewegen, Voet) annähmen, einzuschließen. Die forma processus bestehe aus zwei Substantialstücken, die sub poena nullitatis beobachtet werden müßten: 1. ut sententia pronuncietur servato juris ordine seu rite, 2. secundum leges seu juste. Hiernach könne durch den J. R. A. die nullitas omnium gravissima, ex causa meritis resultans, nicht ausgeschlossen erscheinen. Das gelte selbst in Fällen, wo contra jus partis gesprochen worden, alsdann, wenn ein manifestus error in calculo vorliege, bei Zeugnissen

und Urkunden, wenn gegen die Acten oder rechtskräftige Urtheile erkannt sey, eine injustitia et iniquitas plane notoria vorliege. Durch den J. R. A. wäre nicht beabsichtigt worden, das jus commune in so vielen wichtigen Artikeln aufzuheben, sondern vornämlich nur, die unzähligen Nullitäten abzuschaffen, quae ex omissione solennium processus oriebantur und zu unzählbaren Nullitäten Anlaß gegeben hätten. Da nun vorliegend der alleinige Grund der Entscheidung eine in actis ohnerfindliche, auch ohnedem ad condemnationem zu dem angesetzten und vom Verklagten widersprochenen Quanto unzulängliche Confessio sey, die als irrig und falsch, eine insanabele Nullität involvire, — so erscheine, mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der Sache, eine Reformatoria mittelst Remission der Sache begründet. — Der Correferent (Karl Philipp Kopp) [29]) wich zwar insofern von dem Gutachten des Referenten ab, als er annahm, daß, nach den Worten des J. R. A. §§. 122 und 122, allerdings nicht anzunehmen stehe, es sey unter den unheilbaren Nichtigkeiten, die aus einem Mangel an den Substantialien des Processes herrührten, auch der Fall begriffen, wo ex falsa causa oder contra acta erkannt worden wäre. Dahingegen stellte er die Ansicht auf, daß durch jene reichsgesetzlichen Vorschriften die auf eine Versäumung der merita causae beruhende Nichtigkeit gar nicht betroffen werde, das gemeine Recht also vor wie nach noch in Kraft bestehe. Seine Ausführung, welche auf die Entstehungsgeschichte jener Bestimmungen, nach Inhalt der Reichs- und Deputations-Acten [29]) gestützt wird, ist im Wesentlichen folgende: „Nach gemeinem Rechte entständen die Nullitäten 1. aus der Person des Richters, 2. aus der der Streittheile, 3. ex inverso ordine processus, und 4. ex neglectu meritorum causae. Wegen der drei ersten Quellen sey durch den J. R. A. Verfügung geschehen; in Ansehung der vierten dagegen durch ein offenbares Canzleiversehen nichts Ausdrückliches verordnet worden. Hierauf wird nun das bereits oben (S. 97 fg.) in An-

29) Der bekannte Verfasser der Nachrichten v. d. Verfassung der hessischen Gerichte, Cassel, 1769. Vergl. über denselben: Strieder, hess. Gelehrten-Gesch., VII, 276 fg.

30) v. Meyern, acta comitior. Ratisbon. v. 1653 ꝛc.

sehung der Art des Zustandekommens der beiden §§. 121 und 122 Bemerkte im Näheren angeführt und, nachdem der erwähnten kaiserlichen Resolution vom 13/28 April 1654 gedacht worden, weiter bemerkt: „Es gibt aber, wie erwähnt, noch eine vierte Gattung von Nullitäten, welche unter keine von diesen drei referirt werden kann; nämlich die null. ex meritis causae resultans, und an diese war bis anhero nicht gedacht, geschweige denn dieserthalben etwas neues statuirt worden. Jedoch, da die Kayserliche Resolution eine abermalige Deliberation in allen drei Reichscollegiis veranlaßte und vielleicht in diesem Punkte wegen der dabey gebrauchten allzugeneralen Ausdrücke und nicht expresse bemerkten Destinction inter null. sanabiles et insanabiles etwas dunkel schien, so ist auch die letztere species nullitatis endlich in Erinnerung gebracht worden.“ Zu dem Ende wird sich nun auf den im Fürstenraths-Conclusum vom April 1654 hervorgehobenen und in der kaiserlichen Resolution gebilligten Unterschied zwischen den nullit. wider das jus naturale und den n. juris positivi bezogen und weiter angeführt: „Hierdurch war also die ganze materia nullitatum erschöpft. Dann die nullitates contra jus c i v i l e vel positivum entstehen eben aus den accidentalibus, subtilitate et formalitate processus, welche bei einem Volke so, bei dem andern anders seyn können. Die n. contra jus n a t u r a l e aber deriviren sich nicht allein ex defectu in persona judicis, partium et substantialibus processus, sondern auch aus den meritis causae. Und hierbei hätte es billig verbleiben müssen; denn es war dieses nicht allein unanimi consensu trium collegiorum, sondern auch mit Genehmhaltung des Kaisers, folglich mit allen Requisitis eines vollkommenen Reichsgesetzes also verordnet. Allein, obgleich der kurz darauf, den 17. Mai 1654, erfolgte Reichsabschied, nach besagtem der Stände von Kaiserlicher Majestät approbirten Gutachten abgefaßt worden (v. Meyern a. a. O. S. 656), so lehret doch der Augenschein, daß der Concipient diesen Punkt übersehen und gegen die Kaiserliche und der Stände Intention sich nach den ältern Reichsgutachten vom Dec. 1653 in Verfassung der §§. 121 und 122 irriger Weise gerichtet hat; da doch das ältere Reichsgutachten nicht nur unvollständig, sondern auch durch das jüngere corrigirt und gänzlich abgeändert war. Nun

gebe ich Jedem anheim, ob dasjenige, was solchergestalt durch einen offenbaren Irrthum und Versehen des Concipienten in den Reichsabschied eingeflossen ist, eine rechtliche Verbindlichkeit weiter nach sich ziehen könne, als die Absicht des Gesetzgebers wirklich gegangen ist? Ich zweifle daran, daß jemand diese seltsame Meinung behaupten wird.“ Nachdem sodann der gedachte Correferent die aus den Worten der gedachten §§. herzuleitenden Zweifel darüber: ob nicht alle aus der meritis causae resultirenden Nullitäten als unter dem §. 121 begriffen, also an die Appellations-Fatalien gebunden zu erachten seyen? angedeutet hat, unterstützt er seine, diese Frage verneinende, Ansicht durch folgende Momente: „1. Der Grund der Verbindlichkeit aus dem Gesetz ist der Wille des Gesetzgebers, ein defectus an dem voluntas originarius schließt jene Pflicht aus. 2. Nach der Geschichte des J. R. A. offenbart sich deutlich, daß jene §§. gegen die Intention der Gesetzgeber sich eingeschlichen und deren wahren Sinn und Meinung gar nicht getroffen haben; allermaßen 3. die in dem letzteren Reichsgutachten enthaltene Distinction inter nullitates contra jus civile vel positivum et contra jus naturale, ein weit mehreres sagen will, als die Distinction inter accidentalia et substantialia processus, welche die Sache gar nicht erschöpfte. Daher, so schließet er weiter, hat man sich an die per errorem eingeschlichenen verba legis nicht, sondern lediglich an den mentem legislatorum zu binden. 4. Der Umstand, daß die Worte des Gesetzes durch keinerlei Interpretation hierauf gezogen werden können, ist unerheblich, da die Absicht des Gesetzgebers prävalirt und es auf eine, in Rechten verbotene, Cavillation und captatio verborum hinauslaufen würde, wenn man hier den Worten inhäriren wollte. 5. Auch in contrarium lautende Präjudicia ändern hieran nichts, „da sie nur alsdann von Belang sind, wenn man in jure dubio versirt; wenn man aber einen error entdeckt und das dubium gehoben wird, ist der Richter an die vorherige consuetudo judicandi nicht mehr gebunden (l. 39. De de legib.)“. Aus Allem diesen folgert dann der genannte Votant: „daß die nullitates contra jus naturale und unter andern auch diejenigen, welche ex meritis causae entstehen, allerdings pro insanabilibus zu halten und derowegen vorliegende Sache, wobei das judicium

a quo eine offenbar falsche und in den Acten nicht erfindliche rationem decidendi zum Augenmerk gehabt und im Bescheid sogar mit angeführt habe, ob dieselbe gleich sonst nicht erwachsen wäre, bei diesem Tribunal anzunehmen und Processus zu erkennen seyen." Diesem Antrag entsprechend, wurde denn auch Beschluß gefaßt und demnächst Beweis auferlegt [31]).

Es konnte nicht fehlen, daß diese Art der Auffassung des Ergebnisses jener reichsgesetzlichen Bestimmung Widerspruch fand, indem man das nach so schweren Kämpfen, nach so reiflichen Vorbereitungen, in so ernster Zeit zu Tage Geförderte, nach hundert Jahre langem Bestehen, als eine verfehlte Geburt nicht betrachten mochte. Denn daß es, nach jener Anschauung, in der That so anzusehen war, konnte man sich nicht verhehlen, da bei Annahme ihrer Geltung im Wesentlichen das vor dem J. R. A., wenn auch modificirt, in gesetzlicher Kraft bestandene römische und päpstliche Nullitäten-System in seinem vollen Umfang zur Geltung gelangen, namentlich also materielle Nichtigkeiten schlechthin wieder Zulassung finden mußten, gegen deren Statthaftigkeit doch der bedeutendeste Widerspruch erhoben wurde [32]). Indeß war es doch wohl weniger dieses Resultat selbst, als vielmehr die Art und Weise, wie man zu dieser Ansicht gelangte, welche jenem Widerspruch Stärke verlieh. Denn schon vor jenem Erkenntnisse (v. 1765) hatten ja, wie später näher anzudeuten seyn wird, die meisten Processualisten und Territorial-Gerichtsordnungen ausdrücklich dem J. R. A. in ähnlichem Sinne eine ausgedehntere Wirkung, als nach der unter I. dargelegten Meinung zu rechtfertigen ist, eingeräumt. Daß ein Reichsgesetz, welches so wie erwähnt unter Wahrung der für seine Publication vorgeschriebenen Formen als wider die Absicht des Gesetzgebers erlassen dargestellt würde, erschien bedenklich —; eine solche Annahme aber auch durch den erwähnten Fall, in welchem es sich nur um die unrichtige Unterstellung eines Geständnisses handelte, mit zwingender Nothwendigkeit keineswegs geboten. Wie auch der Referent, welchem gegenüber mit Genehmigung der Majorität jene Ansicht geltend gemacht wurde, andeutete,

---

31) Decis. Cass. T. I dec. 118 d. d. 6/3 1765 (p. 492—502).

32) Vergl. besonders Mittermaier, bürg. Proc. 3. Beitrag, S. 98 fg.

ließ sich der Streitpunct durch Entscheidung der Frage erledigen: ob vorliegend wider die substantialia processus verstoßen sey? Bei der Dehnbarkeit der Bedeutung dieser Bezeichnung hätte die von den älteren Juristen angenommene Subsumtion des Urtheils unter solche zur Unterstützung einer bejahenden Antwort um so mehr dienen können, als man nach solchem nicht blos den in jenem Fall in Betracht kommenden Grund der Actenwidrigkeit, sondern selbst den Widerstreit wider das Gesetz vor dem J. R. A. den Proceßsubstantialien beigesellte [33]). Man konnte aber mit jenem äußern auch den innern Grund in Verbindung bringen, daß das Urtheil deshalb unter die negative Bestimmung des §. 121 des J. R. A. nicht gestellt werden könne, weil das Gesetz nicht zu bewirken vermöge, daß ein Urtheil, welches weder eine Condemnatoria noch Absolutoria, Unmögliches, Widersprechendes rc. enthalte, in Folge des Ablaufs des Decendii giltig werde [34]). Allein die Begründung der Entscheidung nahm jene weitergreifende Richtung und darauf hin ist jener Ausspruch selbst die Grundlage der darauf gefolgten Praxis in Hessen geworden, von welcher auch die später mitzutheilenden praktischen Ausführungen ausgegangen sind.

Die Gründe, welche sich gegen jene Behandlung des J. R. A. anführen lassen, beziehen sich theils auf die Form, theils auf die Materie:

1. In Ansehung der Form steht es fest, daß der J. R. A., in allen seinen Theilen, unter der Auctorität von Kaiser und Reich in das letztere ergangen ist. Die Publication aber ist entscheidend und nicht das, was vor solcher geschehen ist. Will man aber auch auf die Art und Weise des Zustandekommens dieses Reichsgesetzes eingehen, so erscheint auch insoweit kein Mangel. Das letztere gelangte nicht unmittelbar aus der Mainzer Canzlei in das Reich. Nach dem in Beziehung auf die Art und Weise, wie man überhaupt die Reichsgesetze zur Publication vorbereitete, Bekannten [35]), wurde der Entwurf zum J. R. A. von der kaiser-

---

33) Vergl. z. B. Vultejus, de judic. IV. 1. 15; v. Bardeleben, de sent. null. §§. 25, 28, 29; Wetzell, a. a. O. S. 645.

34) Wetzell, a. a. O.

35) Vergl. darüber: Pütter, inst. jur. publ. Germ. (ed. 2 de a. 1766)

lichen Commission und einer Deputation der Stände zuvor revidirt, und sodann in der Reichsversammlung verlesen, ehe er in die Dictatur kam und nachdem er von den drei Reichscollegien widerholt und ein nochmaliges Reichsgutachten dem Kaiser übergeben war. Wie wenig aber die Annahme gerechtfertigt ist, daß nur durch ein Canzleiversehen der J. R. A. in der betreffenden Stelle, sowie geschehen erlassen, ein Anderes beabsichtigt, als ausgeführt sey, ergibt sich daraus, daß selbst nach der Publication einige evangelische Stände auf widrige Meinungen und Schlüsse sich beziehende Monita zum Zwecke einer Aenderung an den Kaiser und Kurmainz gelangen ließen, in keinem derselben aber ein, den §. 122 des J. R. A. betreffendes, Versehen geltend gemacht wurde [36]). Es erhellt dieß aber auch, was

2. die Sache selbst betrifft, aus der Betrachtung des Gegenstandes, auf welchen das behauptete Versehen bezogen wird. Der Vertheidiger der bestrittenen Ansicht macht zur Begründung der letzteren nur geltend, daß in dem Fürstenraths-Conclusum vom 18./28. April 1654 damit, daß auf die nullitates ex jure naturale sich bezogen worden, auch die darunter begriffenen merita causae zu den unheilbaren Nichtigkeiten gerechnet seyen. Allerdings war in diesem Conclusum gesagt: „Der Nullitäten halber wird wiederholt, daß ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das jus naturale laufend und den nullitatibus juris positivi zu machen sey ꝛc." Von Erheblichkeit aber würde diese Aeußerung nur unter der Voraussetzung seyn, daß unter dem jus naturale auch die merita causae verstanden worden wären. Unzweifelhaft war die Bejahung dieser Frage in Beziehung auf den hier entscheidenden juristischen Sprachgebrauch in der Mitte des 17. Jahrhunderts keineswegs. Denn, wenn auch derselbe, wie vorbemerkt (Not. 35), ein bestehender war, so war er doch nicht der, nicht der allein bestehende, vielmehr wurden gerade von dem für die damalige Zeit in dieser Lehre

---

lib. 4 c. 3 §. 159. Ueber die Reichsdeput. zur Revision des J. R. A. insbesondere: v. Meiern, a. a. O. T. I p. 1115.

36) Vergl. Neurodes pragmat. Erläuter. d. J. R. A. (J. 1752) in der einleit. Beschr. der wichtigsten Handl. des Regensp. Reichstags S. LXXXI fg. (enthält einen Auszug aus v. Meiern acta com. Ratisb.)

so wichtig gewordenen Vantius die nullitates ex defectu materiae vel formae ipsius sententiae nicht auf den ordo de substantia, sondern auf den ordo de justitia, für welchen die Appellation, nicht aber die Nichtigkeitsklage zulässig war, bezogen [37]). Eben bei dem mindestens solchergestalt bestandenen Zweifel darüber, was unter den null. contra jus naturale zu verstehen sey, würde, wenn man solche im ausgedehntesten Umfang, auf alle Nullitäten, hätte erstrecken wollen, dieß, wie nicht geschehen, ausdrücklich angeführt seyn. Es wäre dieß um so mehr erforderlich gewesen, als das erwähnte Conclusum auf das ihm vorausgegangene Reichsgutachten zurückwies, in diesem aber, wie erwähnt, der Unterschied gemacht war zwischen dem Fall, wenn die nullitas ex formalitate et subtilitate processus herfließet und zwischen dem Fall der nullitates, „welche insanabilem defectum ex persona judicis aut partis, oder ex substantialibus processus haben. Jene aber wurden, wie aus dem oben (S. 68) zu der cl. 2. de verb. sign. (5. 11.) und dem (S. 89) angegebenen Inhalt der Darstellung Goblers Mitgetheilten hervorgeht, nullitates juris positivi, diesen. ex jure naturali in der Gerichtssprache genannt. Nur von diesen ist demnach das Conclusum des Fürstenraths zu verstehen; das letztere wiederholt aber nur das nicht deutlich und bestimmt vom Kaiser ratificirte Reichsgutachten und will einen bereits bestehenden Unterschied zwischen jenen beiden Gattungen von Nullitäten gemacht wissen [38]).

B. Die weiter zu der gedachten Classe von Nullitäten gehörigen Fälle sodann haben, bei aller Abweichung von einander im Einzelnen, das Gemeinsame, daß sie, in Anerkennung der Integrität jener reichsgesetzlichen Bestimmung, von deren Auslegung, namentlich der Bedeutung der, das Urtheil mit umfassenden, insanabelen Proceß-Substantialien ausgehen und, wenn auch mit verschiedener Wirkung und, rücksichtlich des Um-

37) ungeachtet er selbst übrigens jenen, dem entgegenstehenden, Sprachgebrauch geltend machte, vergl. Vantius l. c. XIII c. 15—17; Linde a. a. O. S. 522.

38) Vergl.: A. J. Schnaubert, Erört. d. Lehre v. heilbaren u. unheilb. Nichtigk. §. 13 fg.; Röder, a. a. O. S. 70 fg.

fangs derselben, nicht überall gegebener Motivirung, die merita causae in den Kreis jener hereinziehen. Hierher gehören, was vornämlich die, nicht bereits anderweit gedachten, neuern [39]) Prozessualisten anlangt:

---

39) Von den älteren sind beispielsweise kurz zu erwähnen aus Sachsen: Carpzov (J. 1657), proc. jur. tit. 19 (p. 542), welcher als Nichtigkeitsgründe bezeichnet: Unzuständigkeit des erkennenden Richters, Entscheidung über die Klagbitte hinaus, Nichtwahrung der Substantialien, Unterlassung der Ladung der Parteien; woneben er sich aber auch auf die übrigen schon von Vantius &c. zusammen getragenen Fälle der Nichtigkeit bezieht; — Menken (J. 1723), proc. jur. P. II lit. 38 §. 1 rechnet dahin: Versäumung der Substantialien, wenn z. B. die Partei zur Urtheils-Publication nicht vorgeladen, gegen res judicata verstoßen sey; — Ludovici (J. 1711), Civilproc. Cap. 33, begreift unter den nullit. insanabiles, abgesehen von dem Mangel in der Person des Richters und der Parteien, die wesentlichen Stücke des Processes, wie Citation, Litiscontestation, Mangel des Beweises, so wie den Fall, wenn das Urtheil denen Rechten schnurstracks zuwider abgefaßt sei; — Knorr (J. 1751), gerichtl. Proc. Hauptst. 25 §. 3 äußert sich wie der vorige Schriftsteller; — Schaumburg († 1746), princ. prax. lib. 1 sect. 2 c. 1 §. 7 (p. 332), unterscheidet, unter Hinweisung auf den J. R. A. §. 121 seq., zwischen der nullitas absoluta und secundum quid talis, indem er zu jener nur rechnet, wenn im Urtheil Substantialien des Processes, z. B. durch Defecte hinsichtlich der Citation, der Vollmacht, versäumt sind; zu dieser, wenn das Urtheil dem jus constitutum oder der res judicata direct entgegen stehet. — Aus Hannover: Es. Pufendorf (a. 1733) introd. in proc. civ. cap. 5 §. 11, 13 bemerkt, daß die Cellische Gerichtsordnung zu den unheilbaren Nichtigkeiten zähle: den Verstoß gegen manifesta jura, contra jus in thesi, oder wenn vor der legitima causae cognitio erkannt sei; und daß danach diejenigen Nullitäten nicht beachtet würden, „so nicht die ipsa substantialia processus concernirten und ohne welche die merita causae und das factum wol vorgebracht und gnügig abzunehmen." — Aus Würtemberg: Schöpf, proc. appell., null. (a. 1748); er führt 24 Gründe der Nichtigkeit auf, darunter: Verstoß wider jus in thesi, contra rem judicatam, Berücksichtigung falscher Zeugen und Urkunden, ferner: si nimis festinanter v. g. una die processus finitus, »cum praecipitantia sit noverca justitiae« etc. — Sie alle, mit Ausnahme Schaumburgs, nehmen demnach allerdings an, daß auch nach Erlassung des J. R. A. dem vor demselben in Kraft bestandenen römischen und canonischen Rechte gemäß die Frage, wann eine Nichtigkeit als vorhanden anzunehmen sey? entschieden werden müsse und diese Rechte durch jenes Reichsgesetz für beseitigt nicht angesehen werden könnten. — Die Auffassung von Danz, Grundsätze des Reichsgerichts-Proc. (J. 1795) §. 340, geht dahin, daß nach dem J. R. A. die aus den richterlichen Verfügungen selbst entspringenden Nichtigkeiten (z. B. wenn contra jus in thesi, ex falsis in-

a. Pütter[40]). Er nimmt an, daß der J. R. A. im §. 122 nur Beispiele von Nichtigkeiten anführe, außer solchen daher noch andere Fälle von solchen zulässig erschienen, und dahin namentlich solche Sentenzen zu zählen seyen, welche unzweifelhaft dem wohlerworbenen Rechte der Streittheile entgegenständen, oder einen mit dem klaren und darum der richterlichen Auslegung nicht unterworfenen Gesetze im Widerstreit stehenden Ausspruch eines unrichtigen Rechtssatzes enthielten. Der Unterschied zwischen heilbarer und unheilbarer Nichtigkeit, wie er im J. R. A. gemacht worden sey, beseitige den Streit nicht; eine s. g. heilbare Nichtigkeit sey keine solche, begründe vielmehr nur eine Appellations-Beschwerde und nur die, welche der J. R. A. unheilbar nenne, könne als Nichtigkeits-Beschwerde aufgefaßt werden[41]).

b. H. J. Klüpfel[42]) gelangt in seiner Ausführung im Wesentlichen zu dem Resultat, welches oben unter II. A. betrachtet worden ist. Als unheilbar nichtig nach römischem Rechte ist nach ihm das Urtheil: 1. der Form nach, sofern es gegen die wesentlichen Theile des gerichtlichen Verfahrens anstößt; 2. der Materie nach, sofern ihm a. die Gesetze aus besonderer Begünstigung gewisser Classen von Personen in bestimmten Fällen Rechtskraft versagen, oder b. sofern es mit wesentlichen Rechtsbegriffen der Wissenschaft, oder eben solchen Rechtsprincipien, Rechtsformeln, selbst in directem offenen Widerspruch steht, wie z. B. Rechnungsfehler. Urtheile, die auf solche Beweismittel gebaut seyen, könnten unheilbar nichtig seyn, wenn der Richter auf solche ausdrücklich mit dem Bewußtsein ihrer Unechtheit erkannt habe. Der J. R. A. habe nur was im R. Rechte ge-

---

strumentis, contra rem judicatam etc. gesprochen sey) heut zu Tage zu den unheilbaren keineswegs mehr gerechnet werden könnten.

40) dissert. de querelae nullit. et appell. conjunctione, Gött. 1759, (opusc. n. VIII) §. 20.

41) Außer dem zu I. Ausgeführten wird zur Erwiederung auf diese Ansicht unter Anderen sich bezogen auf: Schnaubert, a. a. O. §. 10 Not. a; Gönner, Handb. B. III Abh. 64 §. 23 fg.; v. Almendingen, Methaphys. des Civilpr. S. 254, 266, 278, 331; v. Ahornrain, Bemerk. über d. N.-Beschw. §. 15; v. Röder a. a. O., S. 66 fg.

42) über einzelne Theile d. bürgerl. Rechts (Stuttg. 1817) Nr. VII S. 96 —189: Ueber heilbare u. unheilb. Nichtigk. besonders nach R. R.

gründet gewesen, verordnet; die Absicht bei dessen Erlassung sey nur dahin gegangen, auf den im römischen Rechte gelegenen allgemeinen Charakter der unheilbaren Nichtigkeiten hinzuweisen und ihn auf die Proceßform insbesondere anzuwenden. Für die Fälle des §. 121 sey nur die Appellation, für die des §. 122 dagegen die Nichtigkeits-Beschwerde gestattet worden. Alle unheilbaren Nichtigkeiten habe der J. R. A. auf die drei im §. 122 genannten Arten der Proceßform nicht beschränken können, da schon das römische Recht die unheilbaren Nichtigkeiten so sehr beschränkt gehabt und weiterer Begrenzung es nicht bedurft habe. Die römischen Fälle der Nichtigkeit seyen daher anwendbar, obwohl der J. R. A. §. 122 den angegebenen Sinn nicht habe, und dürften, soweit sie unheibar seyen, nicht noch mehr und namentlich auf die wesentlichen Formfehler beschränkt werden, da die Fehler in den wesentlichen Theilen der Materie des Urtheils eben so wichtig seyen[43]).

Grolman[44]) geht zwar davon aus, daß der J. R. A. nicht aus der Größe der in der Sentenz enthaltenen Rechtsverletzung, sondern einzig aus dem Mangel der nothwendigen Voraussetzungen zur Möglichkeit einer Sentenz überhaupt — also nur aus wesentlichen Mängeln in Ansehung der Subjecte des Processes oder dieses selbst abzuleiten, — daß unheilbare Nichtigkeit nur, wenn ohne Klage, ohne das nothwendige rechtliche Gehör, ohne wirkliche Entscheidung, z. B. über Unmögliches, Unbestimmtes, Widersprechendes, ertheilt, namentlich

43) Nachdem schon Mittermaier im Archiv f. civ. Pr. B. I S. 171 a. E. darauf hingewiesen hatte, daß der Verf. die Hauptstelle, welche hier allein Auskunft geben könne und welche lehre, daß die Reichsgesetze das röm. Recht in dieser Materie nicht annehmen wollten, nämlich die K. G. O. von 1555 Th. III Tit. 34 §. 2, nicht berücksichtigt habe, machte Röber, a. a. O. (Seite 99) wider diese Auffassung weiter geltend, daß danach der J. R. A. völlig nutzlos erscheine, damit aber auch zugleich die als Grundlage desselben wesentlich zu betrachtenden Worte der K. G. O. v. 1555 Th. III Tit. 3 §. 2 „eine Nullität, so in anderer Instanz nicht ratificirt werden möchte" unbeachtet gelassen seyen; und daß, als Folge dieser Ansicht, die Wiederkehr des Zustandes vor dem J. R. A., Ungewißheit der Rechtskraft der Erkenntnisse, Häufung der R.-Beschwerden und Beseitigung der Appellation unausbleiblich seyn würden.

44) Theor. d. gerichtl. Verf. (J. 1810) §. 466.

aber nicht, wenn contra jus in thesi gesprochen worden, vorhanden, — gelangt aber sodann gleichwohl zu der Annahme, daß eine Entscheidung gegen eine rechtskräftige Sentenz, deren Existenz nicht selbst als Gegenstand des Streites erscheine, unheilbar nichtig sey [45]).

Martin [46]) bezeichnet als wesentliche Mängel diejenigen, welche auf das Proceßsubject, oder das materielle Recht der Parteien verletzende und durch fortgesetzte Verhandlung des Rechtsstreits nicht zu verbessernde Fehler gegen wesentliche Regeln der Verfahrungsart sich beziehen [47]).

Gensler [48]) geht davon aus, daß durch ein „nicht unglückliches" Versehen, wie bereits oben angedeutet, das Fürstenraths-Conclusum im J. R. A. Berücksichtigung nicht gefunden habe und daher die Streitfrage: woher der R. A. zu erklären sey? entstanden wäre. Er findet, indem er beide §§. als den Gegensatz von wider das jus positivum und jus naturale anstoßenden Nichtigkeiten bezeichnet, den Unterschied zwischen unheilbarer und heilbarer Nichtigkeit und was der Grund und Gegenstand dieses und jenes Rechtsmittels sey, unter der Voraussetzung klar, daß der Unterschied zwischen begriffswesentlichen — natürlich oder absolut wesentlichen — Bestandtheilen des Processes und dessen Form-Essentialien rein aufgefaßt werde. Zugleich erklärt er die Behauptung für irrig, daß die deutsche Gesetzgebung das römische Recht in Ansehung des Begriffs und der Wirkungen processualischer Nichtigkeiten aufgehoben habe. Die im römischen Recht mit der Bemerkung bezeichneten Nullitäten: „daß solche die Appellation entbehrlich machten", ließen sich fast sämmtlich unter den Begriff der Verletzung absolut wesentlicher Bestand-

---

45) eine Inconsequenz, welche ihm auch Röder, a. a. O. S. 101 durch die Bemerkung vorwirft, daß er den richtigen Unterschied zwischen ordentlichen Rechtsmitteln und der N.-Beschwerde nicht rein aufgefaßt und dadurch materielle Urtheilsfehler, welche in 2. Instanz hätten verbessert werden können, zu unheilbaren Formfehlern umgewandelt habe.

46) bürgerl. Proc. (8. Aufl.) §. 284.

47) Ueber die abweichende Ansicht dieses Schriftstellers in früheren Auflagen des Buchs, wonach die n. contra jus in thesi verworfen werden, vergl.: v. Röder, a. a. O. S. 101 fg.

48) zu Martins bürgerl. Proc. (ed. Morstadt) Th. 2 S. 161—164.

theile zurückführen und seyen auch nach der deutschen Gesetzgebung unheilbare Fehler. Dahin werden dann gerechnet die Mängel: in Beziehung auf die Fähigkeit des Richters, seine Zuständigkeit, — hinsichtlich der Imploration desselben, — und der Legitimation des Verklagten, — in Betreff des rechtlichen Gehörs, — der Bestimmtheit des Streitobjects, — der Zureichenheit oder Unzureichenheit der Beweisführung, — endlich die im Verstoß wieder klares Gesetz liegendeu Mängel [49]).

Heffter [50]) hält dafür, daß der Kreis der Nichtigkeiten im Allgemeinen durch das deutsche Recht weder größer noch enger geworden sey, als in den recipirten Quellen des römischen, weltlichen und kirchlichen Rechts, weshalb z. B. auch noch die Urtheile gegen das jus in thesi zu den nichtigen gehörten. Von Amtswegen könnten, bei eingelegtem Rechtsmittel, nur solche Nichtigkeiten des früheren Verfahrens berücksichtigt werden, welche klar aus den Acten erhellten und bei deren Vorhandenseyn überdieß jenes fortgesetzte Verfahren selbst von keinem Rechtsbestande seyn würde. Regelmäßig sey nach §. 121 des J. R. A. jede Nichtigkeit binnen 10 Tagen geltend zu machen, der §. 122 desselben bilde die Ausnahme, die Substantialien des Prozesses schlössen aber auch das Daseyn des Urtheils selbst in sich; in den hier bezeichneten Ausnahmsfällen sey daher das Rechtsmittel nicht an die gewöhnlichen Interpositions-Fristen gebunden, und könne geltend gemacht werden, soweit damit in der Hauptsache ein durch fortgesetzte Instanz nicht mehr herzustellendes Unrecht für eine Partei verknüpft erscheine. Hierin liege der Unterschied der s. g. heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten. Materiell fehlerhafte und deshalb wirkungslose Urtheile gehörten nach dem Vorstehenden zu den heilbaren Nichtigkeiten.

Wetzell [51]) ist mit älteren Juristen bei Bestimmung des J. R. O. in den §§. 121 und 122, der Ansicht, daß die unmittelbar im Urtheil liegenden Mängel nicht zu den heilbaren zu rechnen seyen, da jenes selbst zu den Substantialien gehöre. Die Substantialia judicii würden in einem doppelten Sinne gebraucht:

---

49) Vergl. Röder, a. a. O. S. 103.
50) System des Civilproc. §. 480.
51) System d. ord. Civilproc. §. 60, S. 546 fg.

bald für Bestandtheile des Verfahrens schlechthin (juris positivi), bald für wesentliche Bestandtheile (s. juris naturalis). Jene seyen Acte rein formeller Bedeutung und ihr Mangel heilbar, diese aber wesentliche Acte und bei ihnen allein ein insanabilis defectus ex substantia processus denkbar. Indeß hätten im damaligen Proceß die dem jus naturale angehörigen actus substantiales selbst wieder ein formelles Element gehabt: der Libellus, die schriftliche Form, die Litiscontestatio, die Einheit des Acts ꝛc., und daß auch diese Form nicht wesentlich sey, deute die cl. Saepe an, indem sie in dem von ihr regulirten außerordentlichen Verfahren die regelmäßige Form jener Acte für unnöthig erkläre. Auch im ordentlichen Verfahren müsse daher der Mangel dieser Form für heilbar erachtet und überhaupt bei Bestimmung der wesentlichen und nothwendigen Substantialien von den Formen und Solennitäten des positiven Rechts (der causa formalis) ganz abgesehen werden. Hierdurch erst erhalte der Ausdruck des J. R. A. seine rechte Bedeutung: „nicht einzelne abgeschlossene Proceßacte" seyen es, deren Mangel als unheilbar zu betrachten sey, sondern „das zu einem processualischen Verfahren wesentlich Gehörige". — Vor Allem seyen daher als unheilbar nichtig die Urtheile zu betrachten, welche so wie sie seyen, in Folge der Hintansetzung des Verhandlungs-Princips, oder des Grundsatzes des gegenseitigen Gehörs geworden wären; dann aber auch diejenigen, denen der Charakter eines Urtheils fehle, sey es, daß sie auf objectiv unrichtigen Vordersätzen beruheten, wie namentlich, wenn sie contra jus in thesi clarum oder actenwidrig seyen; sey es, daß sie ein durch früheres Urtheil bereits entschiedenes, also nicht mehr streitiges Rechtsverhältniß entschieden, oder daß sie weder Condemnation, noch Absolution, oder etwas Unmögliches, oder Widersprechendes, oder Unbestimmtes enthielten. Ein Urtheil, welches an einem dieser Mängel leide, sey eben so unheilbar nichtig, wie wenn ein Mangel in der Person des Richters oder der Parteien in Frage stehe.

III. Vornämlich seit dem Anfange dieses Jahrhunderts suchte man, dem früheren Standpuncte der Processualisten, wonach der Erkenntnißgrund der Nichtigkeiten in den positiven Gesetzen gesucht wurde, gegenüber, die Natur der Sache ent-

scheiden zu lassen, indem man davon ausging, daß insbesondere die processualischen Nichtigkeiten durch Gesetze nicht bestimmt werden könnten, da der Begriff derselben ein Abstractum, ein Gegenstand wissenschaftlicher Forschungen sey, und es zu tief in der Metaphysik des Rechts liege, um in einer Gesetzgebung, welche Sachbestimmungen für das bürgerliche Leben enthalten solle, dargestellt zu werden. Hiervon geht namentlich aus: von Almendingen [52]), von Gaisberg ꝛc. [53]). — Daß aber auch in dieser Lehre nicht von aprioristischen Ansichten, sondern von den Bestimmungen des bestehenden Rechts auszugehen sey, wird keiner näheren Darlegung bedürfen.

§. 22.

Die neuern Gesetzgebungen.

Der Bestrittenheit der meisten, auf die Lehre von der Nichtigkeits-Beschwerde sich beziehenden, Fragen haben, abge-

---

52) Metaphysik d. Civilproc. (J. 1808) S. 253—356. Er behauptet, daß das röm. Recht nur Beispiele gebe, der J. R. A. sich durch einen bildlichen Ausdruck aus der Verlegenheit ziehe ꝛc., so daß z. B. Pütter (a. a. O. VIII §. 30) glaube, er rede beispielsweise, Kopp, a. a. O., ihn nicht für den Willen des Gesetzgebers halte, Grolman, a. a. O., falsch darunter subsumire. Von dem im Text angedeuteten Gesichtspuncte aus raisonnirt er so: Wenn die Unmöglichkeit des Zusammenhangs der Handlung mit ihrer Wirkung, welche bezweckt worden, am Tage liege, so sey sie nichtig und zwar natürlich (absolut), wovon kein positives Gesetz das Gegentheil verordnen könne, — positiv, zufällig, insofern dem Staate daran liege, die Existenz rechtlicher Verhältnisse als die Folge bestimmter natürlich giltiger Handlungen zu verhindern, z. B. wucherliche Verträge. In Anwendung dieses Causalitäts-Princips auf den Civilproceß hält er als wesentlich für denselben: die Entscheidung zwischen bestimmten Parteien, die Beschränkung jener auf das Object des Streits, die Ertheilung des Urtheils durch einen bestellten und fähigen Richter, das Vorhandenseyn eines giltigen Verfahrens als Grundlage jenes. Den Sinn des J. R. A. findet er in der Annahme, daß alle natürlichen Nichtigkeiten zur Nullitätsquerel, alle positiven aber nur zur Appellation berechtigen. Vergl. wider diese Auffassung: v. Ahornrain, Bemerk. über d. Nichtigk.-Beschw. (J. 1812) S. 58 fg.

53) allgem. Vorkenntnisse zur Theorie des bürg. Proc. (J. 1820) §. 171 (S. 145) fg. Er nimmt an, daß es im gemeinen deutschen Processe an einer näheren Bestimmung der wesentlichen Momente (der Voraussetzungen, ohne die das Daseyn des Processes nicht gedacht, und der Erfordernisse, ohne welche sein Zweck nicht erreicht werden könne) mangele, und daß nur die natürlichen Nichtigkeiten als eigentliche anzusehen seyen ꝛc.

sehen von andern Ländern [54]), namentlich in Deutschland die Gesetzgebungen der einzelnen Territorien durch speciell eingehende Bestimmungen zu begegnen gesucht; es hat dieß aber freilich, bei der Natur solcher allgemeinen Codificationen, nur in unbefriedigender Weise gelingen können, indem die Schwierigkeiten bei diesem Rechtsmittel nicht sowohl in dem — den Gegenstand eines Proceßgesetzes abgebenden — Verfahren, als vielmehr in dem Zweifel ihren Sitz haben: wo die Grenze zwischen der Iniquität und Nullität im einzelnen Falle zu finden? was namentlich als wesentliche Voraussetzung, als essentieller Bestandtheil des Verfahrens zu betrachten ist? und dieser Zweifel darum vor, wie nach der Wissenschaft und Praxis überlassen bleibt. Beide hatten indeß bis dahin mit um so fruchtloserer Anstrengung dieses Amt der Grenzscheidung geübt, je verschiedener in der ersteren Hinsicht, was die Thätigkeit der Processualisten betrifft, der Standpunct war, von welchem aus sie ihre Ansichten vertraten, und je weniger in der andern Beziehung die Resultate der Rechtssprechung bis dahin einen Weg gefunden haben, auf welchem über deren Resultate in umfassender Weise nähere Kenntniß derselben zugeführt worden wäre. Wie wenig in der ersteren Rücksicht mit allgemeinen legislatorischen Sätzen über die Bestimmung die Nichtigkeitsgründe, z. B. dahin: daß ein solcher vorliege, „wenn der Grund der Beschwerde in verletzten Vorschriften des Verfahrens besteht", oder: die Nichtigkeitsfälle seyen, „Mängel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens oder des Urtheils" [55]) rc. geholfen wird, ergibt sich hiernach von selbst, daraus aber zugleich die Rechtfertigung des Versuchs in der andern Beziehung in Etwas die Lücke auszufüllen.

Was nun die gedachten neuern Proceßgesetze selbst betrifft, so können hier nur im Allgemeinen solche angedeutet werden [56]);

---

54) Ueber das System des französischen Rechts vergl.: Linde, Handb. d. Proc., B. V S. 624—636.

55) Vergl. die Baden'sche Proc.-Ordn. §§. 1175, 1253.

56) Linde, a. a. O., gibt deren hier einschlagenden Inhalt im Näheren an, S. 555—636.

es sind dergleichen ergangen in Bayern [57]), Oestreich [58]), in den sächsischen Ländern [59]), in Würtemberg [60]), in Hannover [61]),

57) Judiciar-Codex v. 1753, XVI. 2; d. revid. Entwurf v. 1827 §§. 532—539; Entwurf von 1831 §§. 117, 118; §§. 357—360; Linde, a. a. O., S. 555—571.

58) Gerichtsordn. v. 1781 §. 262—266; — Linde, a. a. O., S. 571—580.

59) je nach den einzelnen Theilen derselben: Linde, S. 580—586.

60) Linde, a. a. O. S. 586—591. — Nach dem Entwurf d. bürg. Proceßordn. v. 1848 Art. 1267 findet die Nichtigkeitsklage statt: 1. im Fall der Gegenstand des Rechtsstreits zum gerichtlichen Verfahren überhaupt nicht geeignet ist; 2. wenn in einer bürgerlichen Rechtssache ein unzuständiges Gericht geurtheilt hat und der Mangel nicht durch Erstreckung gehoben wurde; 3. in den (§. 86) näher bezeichneten Fällen der Unfähigkeit, Recusation des Richters; 4. wenn das Gericht bei Fällung des Urtheils nicht gehörig besetzt war; 5. wenn die sich für beschwert erachtende Partei weder selbst die Fähigkeit hatte, vor Gericht zu handeln, noch gehörig vertreten war; 6. wenn ein Dritter, ohne dazu durch Vollmacht oder Gesetz legitimirt zu seyn, im Namen der sich für beschwert erachtenden Partei gehandelt hat; zu 5 und 6 jedoch nur, wenn der Mangel nicht in der Folge gehoben wurde; 7. wenn und insoweit über Etwas erkannt wurde, was nicht Gegenstand eines klägerischen Antrags oder eines Rechtsmittels war; oder wenn und insoweit über den Antrag des Gegners hinaus erkannt wurde, die Fälle ausgenommen, in welchen das Gesetz dieß gestattet; 8. wenn die Bestimmungen eines Urtheils (nach §. 583) widersprechend oder sinnlos sind, oder weder eine Freisprechung noch eine Verurtheilung, oder den Ausspruch eines allgemeinen Rechtssatzes ohne Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits enthalten.

61) U. G. Proc.-Ordn. v. 5. Oct. 1827 §§. 158, 159; Linde, a. a. O. S. 591—604; — allgem. bürg. Proc.-Ordn. v. 4. Decbr. 1847; §§. 248 fg.; v. 8. Nov. 1850, §. 431 fg. In diesem letzten Gesetze wird die N.-Beschwerde gegen richterliche Verfügungen nur für zulässig erklärt: 1. wenn ein Richter vom Gegner oder einem Dritten bestochen war, oder derselbe schon von Amtswegen jeder richterlichen Mitwirkung am Rechtsstreite sich hätte enthalten müssen (im §. 22 näher bestimmt); 2. wenn er, nach erlangter Kenntniß eines Ablehnungsgesuchs, Verfügungen erlassen, oder bei deren Erlassung in richterlicher Eigenschaft mitgewirkt hat, sofern jenes Gesuch für begründet erkannt wird; 3. wenn ein beauftragter Richter seinen Auftrag überschritten, insbesondere richterliche Verfügungen erlassen hat, zu deren Abgabe er nicht befugt war; 4. wenn der Gegenstand des Rechtsstreits überhaupt nicht zur Zuständigkeit der Gerichte gehört, oder dem erkennenden Gerichte diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit, welche es in Beziehung auf die Sache ausgeübt hat, mangelt; 5. wenn gegen die über Besetzung der Gerichte ertheilten Verfassungsvorschriften verstoßen ist; 6. wenn und soweit die, die N.-Beschwerde verfolgende Partei zu den vor Gericht von ihr vorgenommenen Handlungen rechtlich unfähig war, und, nachdem dieser Mangel der Fähigkeit später gehoben worden, ihr früheres Verfahren

Hessen-Darmstadt[62]), Nassau[63]), Braunschweig-Wolfenbüttel[64]), Bremen[65]), Preußen[66]).

---

nicht anerkannt hat; 7. wenn gegen Jemanden ein Erkenntniß ergangen ist, welcher an dem zwischen dritten Personen verhandelten Rechtsstreit nicht Theil genommen und die für ihn vorgenommenen Handlungen später nicht genehmigt hat; 8. wenn und soweit das Gericht unzulässiger Weise entweder über den Antrag der Partei hinaus erkannt, oder in der Instanz der Rechtsmittel die angefochtene Verfügung zum Nachtheil des Beschwerdeführers abgeändert hat; 9. wenn das Erkenntniß gegen eine in demselben Processe ergangene rechtskräftige Entscheidung anstößt, oder auf das Zugeständniß oder Ableugnen eines Thatumstands gebaut ist, den die betr. Partei ausdrücklich geleugnet oder zugestanden hat; 10. wenn und soweit der entscheidende Theil eines Erkenntnisses an völliger Dunkelheit, Unverständlichkeit oder Unbestimmtheit leidet und durch eine etwa nachgesuchte Erläuterung dem Mangel nicht abgeholfen ist; 11. wenn eine Partei ohne Gewährung der Möglichkeit einer vom Gesetze ihr unbedingt gestatteten Vertheidigung auf die gegnerischen Anträge verurtheilt, oder abgewiesen worden ist; 12. wenn die über Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen ertheilten Vorschriften (§§. 87—89) verletzt worden sind. — Beschränkt sind im §. 432 diese Vorschriften dahin: a. daß in den Fällen unter 3, 8, 9 und 11 die N.-Beschwerde dadurch bedingt ist, daß der beschwerten Partei die Berufung nicht zusteht; b. daß, wenn gegen ein Erkenntniß die Berufung verfolgt wird, die bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung über die Berufung bereits bekannten Nichtigkeitsgründe sowohl von der berufenden Partei, als der Gegenpartei im Berufungs-Verfahren bei Verlust derselben geltend zu machen ist; daß wenn jedoch in diesem Falle die Berufung aus formellen Gründen verwerflich ist, das Gericht über die Nichtigkeitsgründe besonders zu entscheiden hat. Daneben wird bestimmt, daß wenn über einen mit der Berufung verfolgten Nichtigkeitsgrund entschieden worden, wegen desselben nicht noch besonders eine N.-Beschwerde erhoben werden kann.

62) Proc.-Ordn. v. 1724 §§. 21—24; Verordn. v. 8. März 1815 §§. 1—12. — Linde, a. a. O., S. 604—614.

63) Gesetz v. 23. Apr. 1822 §. 100. — Linde, a. a. O., S. 614.

64) O. A. G. Ordn. v. 1835 §§. 62, 63; 109—112. — Linde a. a. O. S. 614 fg.

65) Gerichtsordn. v. 1820 §§. 537—542. — Linde, a. a. O. S. 615 fg.

66) Gesetz v. 14. Dec. 1833, §§. 4—20. — Linde, a. a. O. S. 616—624.

Zweite Abtheilung.

Die Anerkennung.

---

§. 23.

a. Ueberhaupt.

Geht man von der Bedeutung der unheilbaren Nichtigkeiten, als solcher, welche durch den Ablauf einer gesetzlich bestimmten Frist, überhaupt durch einen positiven Grund nicht geheilt werden können, die wider das jus naturale verstoßen, von einem Standpunkte also aus, welcher als derjenige des gemeinen Proceßrechts bezeichnet wird [67]), so ist doch damit die Möglichkeit auch das also Unheilbare zu saniren nicht ausgeschlossen. „Es kommt hier überall der Gedanke zur Geltung, daß die Nichtigkeit in der Person des Querulanten eine Beschwerung, ein Interesse, vorausgesetzt, wie sie denn auch nicht blos auf Annullirung des angefochtenen, sondern zugleich auf Erlassung eines neuen Urtheils gerichtet ist." Wie man daher schon nach dem gemeinrechtlich ausgebildeten Processe den Mangel der Zuständigkeit des Richters durch die prorogatio fori für beseitigt erachtet, — durch ein in Folge der Ausschließung mit Vertheidigungsmomenten, auf deren Grund hin, stattgefundenes Forthandeln der verletzten Partei einen Verzicht auf jene Momente, — die durch Annahme eines Geständnisses begangene Actenwidrigkeit als durch später erfolgtes wirkliches Bekenntniß für geheilt, — die in der aus einem unrichtigen formellen

---

67) Wetzell, a. a. O., §. 60 (S. 648).

Grunde erkannte Präclusion mit dem Gegenbeweise liegende Beschwerde in Folge des Mißlingens des Hauptbeweises, für beschwerend nicht angenommen hat [68]), — so sind diese Grundsätze in der hessischen Praxis noch im Näheren entwickelt worden und bestehen im Wesentlichen in dem Nachfolgenden.

Ein Bescheid gilt so lange nicht als definitive Norm für die Parteien, als dessen Abänderung noch von ihnen durch Rechtsmittel bewirkt werden kann. Jede Anerkennung desselben enthält daher zugleich einen Verzicht der betreffenden Partei auf die nach Beschaffenheit der Sache noch mögliche Anfechtung desselben [69]); es wird sonach Anerkennung eines Bescheids und Verzichtleistung auf dessen Anfechtung gewissermaßen als gleichbedeutend genommen [70]) und die Lehre vom Verzicht gibt zugleich den Gesichtspunkt, aus welchem eine angebliche Anerkennung zu betrachten ist [71]).

Für die Frage: ob eine Nichtigkeit durch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Bescheids geheilt werden könne, ist aber nur der Gegenstand des Streits, daß es sich also dabei insonderheit um einen nur pecuniären Vortheil handelt, derselbe überhaupt der freien Disposition der Parteien unterliegt, entscheidend [72]), nicht aber auch die Bedeutsamkeit des eingetretenen

---

68) Ders., a. a. O., S. 649.

69) G. L. Böhmer, de appell. interpos. renunc., §. 9.

70) Geßner g. Selig [1948] 1830; Bolley g. Katzenstein [2630] 1835; Borthmann g. Heinrich [6927] 22/4 1840; Schumann g. Rothfuchs [7194] 13/10 1840.

71) Geßner g. Selig [1948] 1830.

72) l. 3 C. quom. et qu. (7. 43). Hier ist ausgesprochen, daß ein Urtheil, das vom Gericht, ohne die unterliegende Partei vorher gehört zu haben, gefällt worden, das mithin offenbar nichtig war, gleichwohl durch assensus, durch Nichterhebung einer Querel von ihrer Seite, giltig werde; vergl. Linde, Handb. V S. 440 fg.; Bolley, Entw. B. II §. 2032 b, S. 375; Würtemb. Archiv B. II S. 239. Das Obertribunal zu Stuttgart nahm daher in einem Erkenntniß v. 30/12 1859 (Seuffert's Archiv B. XIII Nr. 199, S. 280) in einem einschlagenden Falle an, daß eine solche Genehmigung um so gewisser vorliege, als die Beklagte das jetzt als nichtig angefochtene Erkenntniß nicht blos habe rechtskräftig werden lassen, sondern sogar auf die von klägerischer Seite ergriffene Oberberufung in ihrer Vernehmlassung auf die Beschwerdenschrift ausdrücklich um dessen Bestätigung in allen seinen Theilen gebeten, sonach dem Urtheile 2. Instanz ganz un-

processualischen Mangels; denn der Unterschied, welcher in dem J. R. A. §§. 121 und 122 zwischen sanabiles et insanabiles defectus processus gemacht wird, bezieht sich gar nicht auf die Zulässigkeit eines Verzichts auf die Geltendmachung solcher Mängel [73]).

I. Von einer ausdrücklichen Verzichtleistung auf ein Rechtsmittel überhaupt, insonderheit aber auf das der Nichtigkeits-Beschwerde ist namentlich dann die Rede, wenn die Parteien schon vor dem Beginn eines Streits deshalb übereingekommen sind, z. B. daß gegen ein Erkenntniß eines Schiedsrichters kein devolutives Rechtsmittel zulässig seyn solle [74]).

---

unumwunden seine Zustimmung ertheilt habe. Da nun die jetzt geltend gemachten Nichtigkeitsgründe und zwar: 1. der angebliche Mangel der Legitimation zur Sache auf klägerischer Seite; 2. daß das Urtheil des Gerichtshofs auf etwas Anderes gestellt, als in der Klage begehrt worden; 3. daß die Beklagte über die von gegnerischer Seite vorgelegten Urkunden, auf deren Grund die Proceß- und Sach-Legitimation der klägerischen Partei als hergestellt angenommen worden, nicht gehört worden sey, — durchaus solche seyen, welche einzig und allein die Rechte der Parteien betreffen, so sey die Beklagte zur Erhebung der nachträglich angestellten Nichtigkeitsklage nicht mehr befugt gewesen." — Damit stimmt die hessische Praxis überein, Marcus g. Neumann [36,0] 22/10 1836, in Erw.: „daß eine solche Anerkennung bei dem vorliegenden rein pecuniären und daher der freien Disposition der Parteien unterworfenen Streitgegenstand, jede Anfechtung der Entscheidung, mithin auch den Gebrauch der Nichtigkeits-Beschwerde völlig ausschließt"; eben so: Herbener g. Hupfeld [891] 1833; Münchhausen g. Bornemann [4622] 1838.

73) Demnach ist denn zum Oefteren in der hessischen Praxis anerkannt worden, daß die Nichtigkeit zwar die Entstehung der Rechtskraft, nicht aber auch die Verzichtleistung auf Herstellung des verletzten Rechtes durch freiwillige Befolgung des beschwerenden Erkenntnisses verhindern, wofern nur die Nichtigkeit lediglich das Recht der Streittheile, im Gegensatz des öffentlichen Interesses, verletze, Marcus g. Wallach, O. A. G. D. v. 1830; Mergel'sch. Cur. g. Mansbach, 1830; Sauer g. Weber, 19/3 1831; Proc. Fisc. g. Pfarrei Cruspis, 16/3 1831.

74) Dieß war in einem Falle in den Bedingungen einer verklagten See-Assecuranz-Compagnie vorgeschrieben und bei dem erhobenen Rechtsstreite in das Compromiß aufgenommen. Gleichwohl ergriffen die Versicherten, Kläger, die Nichtigkeitsbeschwerde an die höchste Instanz, wurden aber damit zurückgewiesen. Als Gründe wurden angeführt: Sowie eine Partei ohne allen Anstand auf den Gegenstand des Rechtsstreits zum Voraus unbedingt verzichten und ihren Anspruch darauf ohne Weiteres und ohne allen Rechtsstreit aufgeben kann, so kann sie

II. Die Verzichtleistung ist eine stillschweigends erfolgte, wenn sie aus schlüssigen Handlungen gefolgert wird. Stets findet bei der Beurtheilung der in Betracht kommenden processualischen Handlung eine stricte Auslegung statt, so daß z. B. in der Auswirkung eines Paritorial-Decrets nur hinsichtlich derjenigen Bestimmungen des Bescheids, deren Vollziehung dadurch bezweckt wird, eine Anerkennung angenommen wird [75]. Zweifelhaft könnte es erscheinen: ob, wenn jene Handlung in der That eine schlüssige, z. B. ein Fristerstreckungs-Gesuch war, die Anerkennung des vorausgegangenen Bescheids gleichwohl daraus nicht gefolgert wurde, hierin nicht eine Nichtigkeit liege? Man hat indeß in der Praxis diese Frage verneint [76].

Als ausgeschlossen von der Sanirung einer Nichtigkeit durch Anerkennung stellen sich hiernach diejenigen Erkenntnisse dar:

1. in welchen eine Uebertretung absolut gebietender oder verbietender Gesetze oder solcher enthalten ist, welche das öffentliche Recht unmittelbar betreffen, oder überhaupt auf Objecte, Rechte sich beziehen, über welche die Parteien gar nicht disponiren, Verzicht also darauf nicht leisten können [77]; denen ein öffentliches Recht entgegen steht [78], wie, wenn z. B. ein Gericht seine Competenz in objectiver Hinsicht überschritten hat [79], oder

---

auch eben so unbedenklich solchen an die Bedingung knüpfen, dafern der Richter 2. Instanz zu ihrem Nachtheile, und geschähe dieß selbst nichtigerweise, erkennen sollte. Ein Mehreres liegt aber in der That nicht in dem Verzichte auf die N.-Beschwerde, weshalb denn auch diejenigen Schriftsteller, welche die gegenwärtige Frage berühren, keinen Anstand nehmen, sich für die Giltigkeit eines solchen vorhergehenden Verzichts zu erklären, wie Vantius, de nullit. tr. ult. n. 17—19; Stryk, cautel. contr. sect. I c. 5 n. 21; Gönner, Handb. Th. 3 Abschn. 5 §. 53; Linde, Lehrb. (3. Aufl., §. 397). Erk. d. O. A. G. zu Lübeck v. 4/12 1836, abgedr. in Seuffert's Archiv, B. 8 Nr. 207 (S. 298).

75) v. Hundelshausen g. v. H. [5098] 1831.

76) Zinn g. Fröhlich, O. A. G. D. 1830.

77) Widal g. Gans, O. A. G. Decr. v. 1/12 1819. — Vergl. Gönner, Handb. d. Proc. B. III. Abh. 64 §. 28.

78) Sonneborn g. v. Löwenstein, O. A. G. D. v. 10/9 1831.

79) Dillon g. Kaß [9334] 7/5 44, wonach erkannt wurde, daß durch die Unterlassung der Rüge der objectiven Incompetenz des U.-Gerichts über ein bei

wenn ein Gericht die Beibringung einer pfarramtlichen Eidesbelehrung vor Abnahme des Eides in den geeigneten gesetzlich bestimmten Fällen nicht erfordert hätte rc., oder wenn, wie in dem später näher zu erwähnenden Falle, statt des über den bei Eröffnung der Succession in ein Meiergut entstandenen Streit zwischen mehreren als Anerben aufgetretenen Personen, einzuleitenden administrativen Verfahrens, ein Civilproceß zugelassen worden wäre, indem hier angenommen wurde, daß durch die deshalbige Verfügung wesentliche, dem Verzichte der Parteien nicht unterworfene Bestimmungen verletzt seyen und daß solche durch die ohne Widerspruch geschehene Einlassung beider Theile in das Verfahren Rechtsbestand zu erlangen nicht vermöge [80]).

2. Wenn das Erkenntniß, von dessen Anerkennung die Rede ist, überall noch nicht anfechtbar war, die Befolgung der darin enthaltenen Auflage sonach auch nicht präjudicirte [81]);

3. sowie alsdann, wenn die Handlung, welche als die anerkennende in Bezug genommen wird, auf die Absicht der Anerkennung deshalb nicht schließen läßt: aa. weil die Partei deren Vornahme sich nicht entschlagen konnte, etwa a. indem eine ausdrückliche gesetzliche oder richterliche Anordnung sie vorschrieb, wie z. B. rücksichtlich der Anwesenheit beim Zeugenverhör [82]), oder bei der Leistung des Schiedseides Seitens des Gegners [83]); b. insonderheit, weil die Handlung wohl gar auf

---

solchem angebrachtes Rest.-Gesuch zu erkennen, von Seiten des Gegners jener Mangel nicht zu beseitigen stehe.

80) Reese g. Reese [1519] 18/2 1819. Pfeiffer's Meierrecht, S. 526.

81) Es hängt das mit den in den verschiedenen Territorien abweichend bestimmten Voraussetzungen der Appellabilität der Entscheidungen zusammen.

82) Schminke g. Fisc. Pr. [3824] O. A. G. D. v. 1836; worin ausgesprochen wurde: daraus, daß der Querulant der Beeidigung und Vernehmlassung des Zeugen beigewohnt habe, lasse sich, wenn er gegen dessen Zulassung später eine N.-Beschwerde erhebe, eine die letztere ausschließende Anerkennung dieser Handlung nicht entnehmen, weil dem Querulanten ein Mittel jene zu verhindern gar nicht zu Gebote gestanden habe.

83) Brückmann g. B. [8449] 8/4 1843, in Erw.: „daß — eine Anerkennung des auf Ableistung des Schiedseids erkennenden L. G. Bescheids — nicht darin zu finden ist, daß die Appellanten in dem zur Ableistung des Eides bestimmten Termine erschienen sind und „w. R. geschehen lassen zu wollen"

obrigkeitlichen Zwang beruhte. So läßt z. B. die erfolgte Zahlung der Kosten keinen Schluß auf eine Renunciation des Zahlenden auf die Berufung zu, wenn sie nur auf gerichtliche, mit Androhung der Execution verbundene Anweisung, mithin nicht aus eigenem Antriebe, gefolgt war und von jenem hatte geschehen müssen, weil er der wirklichen Vollziehung der Execution bei der eingetretenen Versäumung der Fatalien und dem deshalb mangelnden Suspensiveffecte der Berufung nicht hatte entgehen können [84]). bb. Auch dann, wenn der Handlung, welche die Anerkennung eines Bescheids in sich begreift, die ausdrückliche Erklärung beigefügt ist, daß man denselben nicht anerkenne, sondern sich das betreffende devolutive Rechtsmittel vorbehalte, muß die Wirkung jener Handlungen wegfallen [85]);

---

erklärt haben, indem sie, nachdem die Berufung gegen den, den erwähnten L. G. Bescheid bestätigenden Bescheid des O. Gerichts vom — desert geworden war, kein gesetzliches Mittel hatten, diese Eidesleistung zu verhindern."

84) Fisc. Pr. g. Witzel [7171] 1824. Eben so wurde auch später öfters erkannt: daß aus der Bezahlung der Kosten deshalb, weil dieselbe erst nach Erkennung der executiven Beitreibung geschehen eine Anerkennung des die Verurtheilung zu denselben enthaltenden Erkenntnisses nicht gefolgert werden könne, z. B. in S.: Stein g. Gerland [1639] 1829; Börner g. Lins [8490] 1/7 1845. Vergl. R. Samml. a. a. O. S. 145 Not. 3.

85) Allerdings kann ein der Verzichtleistung auf die Anfechtung eines Bescheids hinzugefügter Vorbehalt (Protestation) nicht beachtet werden (G. L. Böhmer, l. cit.), wenn z. B. die Berufung nicht eingeführt, sondern durch weiteres Handeln in der Sache auf jene verzichtet worden wäre, v. Hutten g. Heß [4881] 28/12 1839; — in Erw.: „daß — der bei der gedachten" (Anerkennungs-)-Handlung erklärte Vorbehalt einer noch zu ergreifenden Nichtigkeits-Beschwerde — nicht zu berücksichtigen steht, weil dieselbe nur eine unstatthafte, mit den Handlungen selbst im Widerspruche stehende, Protestation enthält, Wege g. Pfeiffer [1020] 2/10 1847. Vergl. des Verf.'s R. Samml. O. A. G. Entsch. Th. IV. Abth. 2 S. 149. — Anders aber verhält es sich, wenn die im Text erwähnte ausdrückliche Protestation ohne ihr zur Seite gehende oder nachfolgende widerstreitende Thätigkeit der betreffenden Partei stattgefunden hat. Als daher in einem Falle das Mittelgericht eine Appellation wegen eines gegen den angefochtenen Bescheid früher eingebrachten Restitutions-Gesuchs für unstatthaft erklärt und die Entscheidung darüber abgelehnt hatte, nahm das O. A. Gericht die dagegen ergriffene Appellation an und entschied: „daß das Mittelgericht über die bei demselben aufgestellten Beschwerden noch zu erkennen habe", Schönfeld g. Balz [1080] 1834, ein Satz, der insonderheit auch in Ansehung der Nichtigkeits-Beschwerde gilt, Renner z. S. Katten g. R. [2581] 24/2 1838.

wie denn ein Gleiches eintritt, wenn: cc. die, als wesentliche Voraussetzung der Anerkennung erforderte, unzweifelhafte[86]) Kenntniß der handelnden Partei von dem in Betracht kommenden Bescheide eine nur zufällig erlangte ist[87]); — indem ein darauf hin dem letzteren entsprechendes Handeln mit Nothwendigkeit die Folgerung auf die Absicht, den Bescheid damit anerkennen zu wollen, nicht zuläßt. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß, nach Umständen, aus der Thätigkeit der Partei vor dem Gerichte, nach Vorschrift des in Betracht kommenden Erkenntnisses, abgenommen werden könne, es sey ihr die Wissenschaft von der Ertheilung des letzteren in der gesetzlich bestehenden Form, durch Insinuation[88]), oder doch auf eine sonst genügende sichere, unbezweifelte, Weise zu Theil geworden[89]). Nicht ein gleicher Erfolg kann dem Umstande beigemessen werden, daß die Folge der bescheidsmäßigen Auflage, z. B. auf

---

86) Denn soll in einer Erklärung der Partei oder in einer sonstigen concludenten Handlung die Anerkennung eines Bescheids gefunden werden, so muß unterstellt werden, daß letzteres der Partei insinuirt oder publicirt worden sey, widrigenfalls er als nicht vorhanden angesehen wird, Scheerer g. S. [3208] 1836.

87) Schwarzenberg g. Gerlach'sche Gl. [1700] 1829.

88) Vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. IV. Abth. 2 S. 145.

89) Es wurde in dieser Hinsicht erkannt: daß die Nachweisung der förmlichen Behändigung einer richterlichen Verfügung dadurch entbehrlich werde, daß die Partei durch ihre Handlung, z. B. durch Einwendung eines Rechtsmittels, bekunde, daß sie auf genügende Weise Kenntniß von dem betr. Bescheide erhalten habe, Wettlaufer g. Hoos [5124] 1832; Wolf g. Ewald [6963] 1840. Eben so wurde die Rüge, daß die Behändigung eines Bescheids nicht zeitig geschehen sey, dadurch für erledigt angenommen, daß der Anwalt die in Folge jenes abgehörten Zeugen selbst im Abhörungstermine producirte, indem man darin eine wirksame Anerkennung des Bescheids fand, Weber g. Zahn [6824] 24/11 1840. — Es reicht hin, wenn der Anerkennende zur Zeit der Vornahme der betreff. Handlung, z. B. eines Erstreckungsgesuchs, unbezweifelt Kenntniß vom Zwecke des Termins hatte und es kommt hierbei überall nicht darauf an, ob eine gehörige Ladung vorausgegangen war, Scholl g. Nolte [3459] 3/4 1838; daher wurde in einer weiteren Sache entschieden: „daß die die nicht zeitige und gehörige Vorladung der Querulatin zum Termin betreffende R.-Beschwerde sich schon dadurch erledige, daß Querulantin in dem erwähnten Termine erschienen sey, an den Verhandlungen Theil genommen, auch das Protocoll unterzeichnet habe", in S. Zipf g. Hadermann [8636] 16/11 1844.

den Eid über eine Einrede, die Beseitigung der Klage ꝛc., in dem Bescheide nicht angegeben worden ist[90]).

III. Endlich ist im Allgemeinen hier noch zu bemerken:

1. daß es in Beziehung auf den Anerkennungs-Act einerlei ist, ob derselbe von der Partei selbst, oder von einem zur Proceßführung von ihr Bevollmächtigten ausgegangen war[91]);

2. daß, da schon die Entscheidung der Frage: wann ein Verzicht vorliege? in den Gesetzen keineswegs klar enthalten, insonderheit auch das Urtheil darüber: ob aus einer

---

90) So wurde erkannt: „daß der Endsbescheid vom —, gegen welchen das Rechtsmittel der Appellation eingeführt worden ist, als nothwendige Folge der von den Appellanten geschehenen Verweigerung des ihnen zugeschobenen und von ihnen angenommenen Eides, auf dessen Ableistung in dem Bescheide — erkannt worden war, sich darstellt, und daher nur mittelst Anfechtung des letzteren, bereits in Rechtskraft getretenen, Bescheids die Aufhebung des ersteren erlangt werden kann; — daß aber die zu dem Ende gegen den erwähnten Vorbescheid angebrachte N.-Beschwerde als unstatthaft erscheint, da Querulanten sowohl dadurch, daß sie, unter ausdrücklicher Entsagung auf die dagegen angezeigte Berufung, wiederholt um Fortsetzung der Sache baten, als auch durch ihr Handeln in den beiden letzten zur Eidesablage gestandenen Terminen, denselben anerkannt, mithin auf dessen Anfechtung verzichtet haben, — und ihre hiergegen vorgebrachte Behauptung, daß diesen Anerkennungs-Handlungen darum keine Wirkung beizulegen sey, weil in dem erwähnten Vorbescheide nichts darüber angegeben sich finde, welche Folge die Verweigerung des darin regulirten Eides haben solle, offenbar von keiner Erheblichkeit ist, da schon die Bezeichnung dieses Eides, als des vom Verklagten zugeschobenen, außer Zweifel setzte, daß derselbe auf diesem zur Entkräftung des Klaggrunds nachgelassenen Beweis sich beziehe", Ronhäuser Gemeindenutzungs-Berecht. g. Fisc. Pr. [4671] 23/6 1838.

91) Solms-R. g. Praunheim [3367] 24/2 1836 (abgedr. im Rechtsfreund v. 1836 S. 262): „daß — von einem der beiden von der appellatischen Gemeinde mit der ausdrücklichen Befugniß, sowohl einzeln als gemeinschaftlich zu handeln, bestellten Bevollmächtigten zu wiederholten Malen bei dem U.-Gerichte um Verlegung des zu Befolgung des Bescheids vom — angesetzten Termins nachgesucht worden und hierin eine Anerkennung dieses Bescheids liegt, welche dessen nachherige Anfechtung mittelst der Appellation und N.-Beschwerde ausschließt; — daß auch an der processualischen Befähigung der appellatischen Bevollmächtigten, eine solche Handlung, der vorhergegangenen Appellations-Anzeige ohngeachtet, mit der Wirkung der Anerkennung des fraglichen Bescheids vorzunehmen, um so weniger gezweifelt werden kann, da die angezeigte Appellation bereits vom O. Gerichte für desert erklärt und eine deshalbige Bescheinigung klagenderseits beigebracht worden war."

processualischen Handlung einer Partei eine Anerkennung des Bescheids, worauf sie sich bezieht, zu folgern sey? keinen Grund zur Nichtigkeits-Beschwerde abzugeben vermag, regelmäßig [92]) demnach eine solche Entscheidung auf richterlichem Ermessen beruhen wird [93]).

§. 24.

b. Anerkennungs-Handlungen.

In Beziehung auf die Acte der Anerkennung erlassener Erkenntnisse oder Verfügungen des Gerichts kommt zunächst die Anfechtbarkeit derselben namentlich mittelst devolutiver Rechtsmittel in Betracht [94]). Was jene einzelne Acte selbst betrifft [95]), so stellen sich als solche überhaupt nur diejenigen dar, welche mit der Anfechtung jener richterlichen Entscheidungen im Widerspruche stehen [96]). Wenn gleich auch ein blos leidendes Verhalten die Annahme der Existenz eines solchen Acts nicht ausschließt, z. B. Unterlassung der Bitte um Apostel in Folge der ergangenen Sentenz [97]), Beruhigung bei der vom Gerichte er-

92) In einzelnen Fällen ist die Sache durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung regulirt; vergl. z. B. l. 5 C. de re jud. (7. 52): »Ad solutionem dilationem petentem, acquievisse sententiae manifeste probatur: sicut eum, qui quolibet modo sententiae acquieverit. Nec enim instaurari finita, rerum judicatarum patitur auctoritas.«

93) Schnabel z. S. Katten g. S. [7554] 6/2 1841; Renner z. S. Katten g. R. [2581] 1838.

94) Als solche gelten in Hessen, zufolge des Gesetzes vom 16. Sept. 1834, nur ein verurtheilendes oder zurückweisendes Urtheil, das die Ableistung eines Haupteids auflegende Vorerkenntniß, diejenige im Verfahren ergehende Entscheidung, welche auf Gegenvorstellungen wider Arrest-Anlagen, Sequestrationen auferlegte Cautionsleistungen und andere Provisional-Verfügungen erfolgen und diese Nebenpuncte erledigen, und endlich sind den Endsbescheiden gleich gesetzt: die auf gegenseitige Verhandlungen erfolgenden, nach Ertheilung des Endsbescheids in der Hauptsache einen weiteren selbstständigen Streitpunct, oder die Executions-Instanz erledigenden Erkenntnisse zu betrachten. Vergl. über die usuelle Auslegung dieser Vorschrift: des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. I. S. 69 fg.; Th. IV. Abth. 2 S. 139 fg.

95) Vergl. darüber des Verf.'s N. Samml. Th. IV. Abth. 2 S. 145 fg.

96) G. L. Böhmer, l. cit. §. 10.

97) c. 6 de appell. in 6 (2. 15).

kannten Entlassung eines Streitgenossen aus dem Processe ꝛc., so wird doch regelmäßig eine *positive* Thätigkeit die Anerkennung ausdrücken. Beispielsweise sind folgende Aeußerungen einer solchen, als die in der Praxis am häufigsten vorkommenden, anzuführen:

1. *Gesuche um Erstreckung* der gerichtsseitig bestimmten *Fristen und Termine*. Wird also, nachdem ein appellabeles, oder dem Angriff mit einem andern devolutiven Rechtsmittel, namentlich der Nichtigkeits-Beschwerde, unterworfenes Erkenntniß ergangen ist, ein solcher Antrag gestellt, so werden dadurch jene Rechtsmittel ausgeschlossen [98]) und die gleiche Folge tritt ein, wenn anfänglich die Berufung gegen das gedachte Urtheil ergriffen, auch wohl ein jene als desert zurückweisendes, Dekret ausgewirkt, gleichwohl darauf, nach Maaßgabe der zuerst angefochtenen Entscheidung, um Frist- oder Termins-Erstreckung gebeten worden ist [99]). Insonderheit wird auch der in subjectiver Incompe-

---

98) Vergl.: des *Verf.'s* N. Samml. Th. IV. Abth. 2 S. 147; — v. Gilsa g. Rodemund [6894] 1824; Horche g. Schmoll [3859] 1831; Abel g. Ciré [4139] 1831; Solms-R. Rentk. g. Gem. Praunheim, 1836; Flöther g. Herzog [1164] 1839; Kurtz g. Ritter [3320] 1836; speciell von der Ausschließung der N.-Beschwerde, insoweit von solchen Nichtigkeiten die Rede ist, welche dem Verzicht der Parteien unterworfen sind, war die Rede in S. Rohde g. Mühlhausen [442] 1832; Exter g. Fisc. Pr. [4043] 1837; Scholl g. Nolte [3459] 1838; Emanuel g. Ullrich [7460] 20/1 1841. In diesem letzteren Falle war vom U.-Gerichte in Beziehung sowohl auf eine Vorklage, als auf eine Widerklage, so wie rücksichtlich einer der ersteren entgegengesetzten Einrede Beweis auferlegt, der Beweis der Vorklage für erbracht, der der Widerklage aber als von der Leistung des Schiedseids abhängig erklärt worden. Die Verklagten appellirten, vor Erlassung der Compulsoralien setzte aber das U.-Gericht andern Termin zur Eidesleistung an und in diesem baten die Verklagten um dessen Erstreckung. Hierin fand das O. Gericht eine Anerkennung des Eidesbescheids und wies darum die Berufung zurück. In dritter Instanz wurde auf die dahin erhobene Beschwerde in gleicher Weise erkannt, „insbesondere, da der den Verklagten in dem Vorbescheid — nachgelassene Beweis und der in dieser Hinsicht in dem Bescheide vom — auferlegte Schiedseid nicht blos auf die Widerklage der Querulanten, sondern auch auf die von ihnen zur Vertheidigung gegen die Vorklage der Querulaten vorgeschützte Einrede sich beziehe, durch die Anerkennung des zuletzt erwähnten Bescheids, welcher nach dem Angegebenen die Entscheidung über die Vorklage von der Ableistung des auferlegten Eides ebenwohl abhängig mache, aber die sonstigen Aussprüche hinsichtlich dieser mit demselben *rechtskräftig* geworden seyen."

99) Einige Beispiele mögen als Belege dienen: 1. Ein U. G. Erkenntniß

tenz des Richters, z. B. des mit einer Execution beauftragten Commissars, liegende Grund der Nichtigkeit durch ein solches Gesuch aus-

---

wird angefochten; darauf wirkt der Appellat ein docum. desertae und auf dessen Grund beim U. Gericht Ansetzung eines Termins zur Fortsetzung der Sache aus. Kurz vor Eintritt des Termins reicht der Appellant die Beschwerdeschrift in der Mittel-Instanz ein, mit der Bitte um Restitution gegen die Fristversäumung; er bittet sodann beim U. Gericht um Prorogation des Termins, weil er durch eine Reise verhindert sey, die erforderte Erklärung abzugeben und wirkt wenige Tage darauf Compulsorialen aus. Das O. A. Gericht fand in dem Prorogations-Gesuche, ungeachtet der erwähnten Nebenumstände, eine Anerkennung des U. G. Erkenntnisses, so wie eine Entsagung auf die Appellation und erklärte diese für unstatthaft, Horche g. Schmoll [3859] 1831. — 2. Gegen das U. G. Erkenntniß wird Appellation eingelegt; es finden Vergleichs-Verhandlungen statt, worüber die Einführungsfrist versäumt wird, und darauf ergeht ein decret. desertae appell. Nunmehr setzt das U. Gericht Termin zur Einlassung auf die Klage an, worin der Anwalt des Appellanten um einen andern Termin zur Erklärung bittet, welchem deferirt und wonach von ihm noch verschiedentlich um Verlegung des erstreckten Termins, mit Bezugnahme auf die beabsichtigte Fortsetzung der Berufung, gebeten wird. Auch in diesen Handlungen fand das O. A. Gericht Acte der Anerkennung, Abel g. Ciré [4139] 1831. — 3. Es wird wider den U. G. Bescheid appellirt; nachdem aber der Gegner ein decret. desertae erwirkt, setzt das Gericht Termin zur Befolgung des Bescheids an; Appellant läßt solchen ohne Vorbehalt erstrecken und trägt im Termin dann auf Aussetzung der Sache bis zu erfolgender höherer Entscheidung an, indem er vom eingewendeten Rechtsmittel nicht abstehen zu wollen erklärt; er verbindet jedoch hiermit die wirkliche Befolgung des U. G. Bescheids, und auf ähnliche Weise benimmt er sich, als das Gericht das Gesuch um Aussetzung der Sache verwirft und andern Termin ansetzt, in dem er die baldige Exhibition von Compulsorialen ankündigt und daneben in der Sache selbst handelt. Hier wurde gleichfalls vom O. A. Gericht die Anerkennung des U. G. Bescheids unterstellt und die Appellation für unstatthaft erklärt, Eckhardt g. Koch [3531] 1833. — 4. Die Appellaten hatten zwar gegen einen U. G. Bescheid v. 11/8 1829 alsbald die Appellation an das O. Gericht angezeigt, später aber, nachdem vom Appellaten ein Erlöschungs-Decret ausgewirkt und vom U. Gericht darauf Termin zur Befolgung des Bescheids angesetzt war, ohne allen Vorbehalt hinsichtlich der ergriffenen Appellation, um Erstreckung dieses Termins gebeten. In dieser Bitte wurde ein Verzicht auf das früher zur Hand genommene Rechtsmittel gefunden und vom O. A. Gerichte entschieden, daß das O. Gericht bei dieser aus den Acten hervorgehenden Anerkennung des U. G. Bescheids mit Unrecht auf die nachher dennoch fortgesetzte Appellation erkannt habe und die deshalb erhobene Beschwerde deshalb sich als ungegründet darstelle, Flöther g. Herzog [1164] 22/6 1839.

geschlossen[100]). Anders verhält es sich dagegen, wenn das Gesuch nur eventuell gestellt, oder in einer den Mangel der auf Anerkennung gerichteten Absicht darlegenden Weise begründet, etwa z. B. die Bitte nur darauf im Wesentlichen gerichtet ist, den Bescheid noch zur Zeit nicht zu vollziehen [1]). Wird nun, abgesehen von diesem Falle, z. B. um Ansetzung eines andern Termins zur Abnahme des in dem betreffenden Bescheide normirten Eides gebeten, so steht der Annahme einer Verzichtleistung auf die Anfechtung dieses Bescheides insbesondere der Umstand nicht entgegen, daß der Verzichtende in dem vorher übergebenen Schriftsatze mit Beziehung auf eine angeblich ergriffene Nichtigkeits-Beschwerde gegen den gedachten Bescheid um Aussetzung der Eidesleistung gebeten hat [2]).

2. In der Deduction aus dem Protokoll über das Zeugenverhör liegt die Anerkennung der Rechtsgiltigkeit dieses Actes [3]).

---

100) Gem. Braach g. Stückradt [7568] 26/11 1841, in Erw.: „daß das J. Amt, indem es Verhandlungen über eine im Executions-Verfahren vom imploratischen Theile vorgebrachte Zahlungseinrede zuließ und darüber erkannte, den ihm vom O. Gerichte ertheilten Auftrag überschritten, Querulant aber sich in diese Verhandlung ohne Protestation eingelassen und solchergestalt eine die N.-Beschwerde wegen Incompetenz ausschließende Prorogation des Gerichtsstandes statt gefunden hat."

1) Pfeffer g. Stadt Kirchhain [7696] 18/2 1843. Darin wurde ausgesprochen, daß ein auf einen Haupteid gerichtetes Erkenntniß weder dadurch, daß der Gegner des Schwurpflichtigen um Aussetzung des Schwurtermins, in einem vor diesem letzteren angesetzten Termine, so wie um Frist zur Beibringung von Inhibitorialen auf die beim O. A. Gerichte mit der Bitte um Restitution gegen den Ablauf der Nothfristen von ihm eingereichte Beschwerdenschrift gebeten, — noch dadurch, daß er die Eidesabnahme auch aus andern und materiellen Gründen als unstatthaft darzustellen gesucht hatte, — als anerkannt zu betrachten sey, da in Beiden vielmehr das Gesuch liege, den Bescheid noch zur Zeit nicht zu vollziehen. Vergl. des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 147.

2) Heuser g. Ronimi [8430] 18/3 1843.

3) Gem. Eschenstruth g. Stift Oberkaufungen [7620] 9/12 1843, in Erw.: „daß die in der letzten Impugnationsschrift des Verklagten versuchte Anfechtung des Zeugenverhörs als nichtig, schon um deswillen keine Berücksichtigung verdient, weil verklagterseits in der früheren Impugnations- resp. Salvations-Schrift selbst aus den damaligen Zeugen-Aussagen, daß dadurch der Gegenbeweis erbracht sey, zu deduciren gesucht, mithin die Rechtsbeständigkeit des Zeugenverhörs anerkannt worden ist."

3. Eben so liegt in dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Gewärtigen der Eidesabnahme — mag der Gewärtigende selbst oder der Gegner der Schwurpflichtige seyn — eine die Anfechtung des dieselbe verfügenden Erkenntnisses ausschließende Anerkennung des letzteren [4]); nicht we-

---

4) Schnaadt betr. [190] 1833; Witkugel g. Flügge [3699] 1834; Marcus g. Naumann [3670] 22/10 1836; Müller g. Gem. Gilserberg [3467] 19/11 1836; Wolter g. Kerkmann [4148] 13/10 1838; St. Salmünster g. Leinweber [8098] 26/9 1843; Stückradt g. Grau [6524] 8/2 1843 in Erw.: daß, was die N.-Beschwerde angeht, die Anerkennung des Bescheids vom — und somit sowohl der im Bescheid vom — enthaltenen Beweis-, als der in jenem Bescheide enthaltenen Eides-Auflage allerdings darin gefunden werden muß; — daß Querulant nicht allein bei Anfechtung des letzteren mit der N.-Beschwerde diese gegen die Eides-Auflage nicht gerichtet, sondern auch an dem in Folge des gedachten Bescheids fortgesetzten Verfahren Theil genommen, ferner in dem angebrachten zweiten Rest.-Gesuche, daß er den ihm nicht mit Recht auferlegten Eid ablegen könne und im angesetzten Schwörungstermine mit Bezugnahme auf jenes Rest.-Gesuch, also mit der Ueberzeugung der behaupteten Rechtswidrigkeit der Eides-Auflage, sich zur Ausschwörung des Eides bereitwillig erklärt, — auch in der Beschwerdenschrift zur v. Instanz behauptet hat, zur Eidesleistung instruct und bereit gewesen zu seyn; — wogegen der gemachte unstatthafte Vorbehalt eines wider den mehrgedachten Bescheid einzuwendenden Rechtsmittels nicht in Betracht kommen kann —;" Baupel g. Hofmann [3414] 1836, enthält den allgemeinen Ausspruch, daß, wenn klagender Theil am festgesetzten Terminstage vor Gericht sich einfindet, um den ihm auferlegten Eid zu leisten, er damit das angefochtene Erkenntniß anerkenne; — Peter g. Eberhardt [7991] 14/6 1843, in Erw.: „daß der Querulant den Vorbescheid — durch Gewärtigen der Eidesleistung in Gemäßheit desselben anerkannt hat, und hiernach seine 1. Beschwerde unstatthaft erscheint, da der jenem Gewärtigen beigefügte Vorbehalt aller Rechtszuständigkeiten als protestatio facto contraria nicht zu berücksichtigen ist"; Kreß g. Staubach [115] 8/10 1845, in Erw.: „daß in dem — Gewärtigen der Eidesleistung in dem hierzu angesetzten Termine — eine Anerkennung des die Ausschwörung des Eides verfügenden Bescheids, somit ein Verzicht auf die dagegen sonst zulässige Berufung gefunden werden muß, ohne daß dieser Verzicht durch die wirkliche Ausschwörung des Eides bedingt ist, — die Wirksamkeit desselben auch nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Richter bei der Aufnahme des betreffenden Protocolls nicht zugegen war"; Gem. Ulmbach g. Heidenreich [9234] 23/11 1844, in Erw.: „daß — im erklärten Gewärtigen der Eidesablage im hierzu anberaumten Termine von Seiten der Appellantin eine Anerkennung des die Ausschwörung des Eides auflegenden Bescheids vom — enthalten ist, mithin dadurch nicht allein die Appellation wider den gedachten Bescheid, sondern auch

niger in der Ausschwörung [5]), oder Verweigerung des Haupteides [6]), in der Annahme desselben als geleistet [7]), überhaupt in dem der Auflage auf Ableistung eines solchen entsprechenden Handeln [8]); vorausgesetzt nur, daß der Partei noch ein gesetzliches Mittel zu Gebote stand, die Eidesleistung zu hindern [9]).

4. Auch Derjenige, welcher darüber Streit erhebt, ob eine Executions-Verfügung an sich — d. h. mit Rücksicht auf das ihr zum Grunde liegende Judicat, worauf jene sich bezieht — gerechtfertigt, oder ob die Person, welche die Vollziehung dieses Judicats gesucht hatte, dazu berechtigt sey? erkennt dadurch dies letztere an; denn er sucht eine Ent-

---

eine dagegen zu erhebende Nichtigkeits-Beschwerde ausgeschlossen wird." Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 148 Not. 5.

5) Leng g. Leng [8243] 13/7 1844, in Erw.: „daß der Bescheid des Landgerichts — in der ersten Instanz von den Querulanten anerkannt worden ist, indem sie den darin ihnen auferlegten Eid ausgeschworen haben; — daß diese Anerkennung — dadurch ihre Wirkung nicht verloren hat, daß durch den Obergerichts-Bescheid die Abnahme der in jenem Bescheide dem Querulaten auferlegten Eide erkannt worden ist."

6) Cloos g. C. [7325] 11/1 1842. In dem vom U. Gerichte zur Ausschwörung des vom O. Gerichte regulirten Eides angesetzten Termine erklären sich die schwurpflichtigen Verklagten anfangs zur Eidesleistung bereit, zugleich aber weiter, nach geschehenem Vorhalt: sie sähen jetzt ein, daß sie den Gegenstand der Eidesauflage nicht beschwören könnten. Darauf erfolgt verurtheilender Endsbescheid, den sie mit der N.-Beschwerde anfechten, nachdem das Gericht ein Gesuch um Erläuterung des Eidesbescheids zurückgewiesen hatte. Wie in 2. wird auch in 3. Instanz jenes Rechtsmittel zurückgewiesen, in der letzteren „weil die Querulanten durch ihre Terminshandlung vor dem U. Gerichte den O. G. Bescheid hinsichtlich des darin enthaltenen Erkenntnisses auf Eidesleistung anerkannt hätten, dadurch aber die Anfechtung desselben sowohl mittelst der Appellation, als N.-Beschwerde als unstatthaft ausgeschlossen werde."

7) Halbleib g. Gutberlet [350] 13/10 1847.

8) Wege g. Pfeiffer [1020] 2/10 1847, in Erw.: „daß die Querulanten in den Terminen — über die Einreden der Querulantin, worüber diese den ihr zugeschobenen und von ihr angenommenen Eid in Gemäßheit des Bescheids — auszuschwören hatte, dergestalt, daß darauf weiter in der Sache zu erkennen war und zwar, der Lage der Sache nach, das endliche Erkenntniß erfolgen mußte, gehandelt und dadurch jenen Bescheid anerkannt haben."

9) was der Fall nicht ist, wenn die wider den unterrichterlichen Eids-Bescheid erhobene Berufung desert geworden ist, Brückmann g. B. [8449] 8/4 1843. Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 148.

scheidung in Betreff der Vollziehung und diese setzt nothwendig das Bestehen eines Judicats voraus [10]). Eben so auch umgekehrt der Gegner des eine solche Execution Beantragenden [11]).

5. Selbst bei einer auf die fehlerhafte Citation einer Partei gestützten Nichtigkeit hat man und zwar in dem einwandlosen Erscheinen jener im darauf, zur Verkündigung des Contumacial-Erkenntnisses, angesetzten Termin eine Sanirung der Nullität gefunden [12]).

6. Ueberhaupt ist ein auf der Grundlage des in Frage stehenden Bescheids ꝛc. bei dem Gericht, von welchem derselbe ausgegangen ist, fortgesetztes sonstiges processualisches Handeln aus demselben Gesichtspunct aufzufassen. Dahin gehört z. B. das Erbieten des Verklagten zu bescheidsmäßiger Leistung [13]), — die Zahlung der Kosten, jedoch nur unter der Voraussetzung, das jene freiwillig also nicht auf gerichtlichen Zwang erfolgte [14]), — das Forthandeln des Anwalts einer Partei oder dieser selbst in erster Instanz, nachdem bereits ein

---

10) Arnd g. Heurich [7631] 23/4 1842.

11) Wege g. Pfeiffer [1620] 2/10 1847, in Erw.: „daß — in dem Vorbringen der Einrede gegen die von der Querulatin impetrirte Vollziehung des verurtheilenden Endsbescheids und in der weiteren Verhandlung darüber eine Anerkennung dieses Bescheids liegt.“

12) Erk. d. O. A. G. zu Dresden v. 1850, abgedr. in Seuffert's Arch. B. 4 Nr. 195 (S. 309). Der Verklagte versäumte den „Güte- und Rechts-Termin.“ Die Ladung an denselben war wegen Mangelhaftigkeit unbestritten nichtig. Gleichwohl erging jener Bescheid, dessen Publication der Verklagte im Termin beiwohnte, ohne zu appelliren. Erst in der Execut.-Instanz griff er solchen mit der N.-Beschwerde an. Das oberste Gericht erkannte aber, daß keine absolute, sondern eine durch Ratihabition heilbare vorliege und wies das Rechtsmittel zurück.

13) Vorthmann g. Heinrich [6927] 18/4 1840, in Erw.: „daß in allen Fällen, wo ein Erkenntniß dem Verzichte der Parteien unterworfene Rechte zum Gegenstande hat, wie bei dem angefochtenen Erkenntnisse des Stadtgerichts unzweifelhaft der Fall ist, durch dessen stillschweigende oder ausdrückliche Anerkennung die dagegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ausgeschlossen ist; — eine solche Anerkennung des Endsbescheids ꝛc. aber jedenfalls darin liegt, daß der Querulant (Verkäufer), seiner eigenen Angabe nach, der Querulatin (Käuferin) die Zurückzahlung des Kaufgelds für den ihr verkauften Ofen wegen dessen Zurücknahme, dem gedachten Bescheide gemäß, offerirt hat.“

14) Vergl. des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 145 fg.

Rechtsmittel gegen das letzte daselbst erfolgte Erkenntniß angezeigt worden [15]) und solches, z. B. durch ein decretum non devolutorium, zurückgewiesen war [16]); ferner, die Bitte: um Fortsetzung der Sache [17]), um Ertheilung eines Erkenntnisses in dem Ungehorsam des Gegners [18]), oder darum, die Sache beruhen zu lassen [19]); ferner, unter den geeigneten Voraussetzungen, das Gesuch um Kostenbeitreibung des Anwaltes, wenn namentlich die Partei Kenntniß von dessen Einreichung hatte und der Gegner in die Kosten verurtheilt war [20]).

---

15) vorausgesetzt auch hier, daß jenes Handeln so beschaffen ist, um auf die Absicht der Anerkennung zuverlässig schließen zu lassen, Geßner g. Selig, 1850.

16) Beruhigt sich der Appellant bei einem solchen Decret und setzt nun das Verfahren in Gemäßheit des Bescheids, dessen Anfechtung er versucht hatte, fort, so erkennt er damit die verbindende Kraft des letzteren an und er kann nun eben deshalb nicht noch zu einer Beschwerdeführung sich wenden, mittelst deren er nur noch die Zulassung seiner vorhin dagegen eingeführten Appellation zu erwirken beabsichtigt, Stückradt g. Grau [6524] 1843. In einer solchen Beruhigung bei der Zurückweisung einer Appellation als nicht erwachsen, legt sich aber nur der Wille dar, das ergriffene Rechtsmittel aufgeben zu wollen; über diesen Gegenstand hinaus erstreckt er sich dagegen nicht und es kann dem Appellanten bei einer nachherigen Appellation gegen ein späteres Erkenntniß nicht entgegen gehalten werden, daß er bei einer Appellation gegen ein früheres keine Beschwerde wider die Versagung einer Entscheidung über solche geführt habe.

17) Dadurch wurde der auf den Ergänzungseid gerichtete Bescheid als anerkannt erachtet, Gem. Herlinghausen g. Pf. Ersen [8461] 21/2 1844.

18) v. Malsburg g. Gem. Oberlistingen [6174] 24/3 1840, in Erw.: „daß der jetzt angefochtene Bescheid — vom Appellanten dadurch anerkannt worden ist, daß dieser auf die Grundlage des gedachten Bescheids in dem zur Eidesablage angesetzten Termine — in den Ungehorsam der Appellatin zu erkennen gebeten hat, — daß bei dem solchergestalt vorliegenden Verzichte auf das nachher ergriffene Rechtsmittel auf die Beschwerden selbst nicht eingegangen werden kann."

19) Zülch g. Schuchard [8927] 31/1 1844. Darin wurde ausgesprochen: In dem, nach stattgehabter Eidesauflage vom Gegner des Schwurpflichtigen gestellten Antrag: „der letztere sey geistesschwach, wie eine ärztliche Bescheinigung ergeben werde, weshalb die Sache bis nach erfolgter Feststellung ihrer Angabe beruhen zu lassen und hiernächst eine Curatel zu bestellen gebeten werde", — so wie: in der persönlichen Anwesenheit bei der Eidesablage, ohne Widerspruch gegen diese zu erheben, liegen Handlungen der Anerkennung des Eidsbescheids.

20) In einem Falle, wo der dem Appellaten (Verkl.) den Restit.-Eid auflegende Bescheid vom Appellanten (Kläger) angefochten, vom Anwalte des letzteren aber auf den Grund eben dieses Bescheids um Bestimmung der Kosten des

7. Zweifel können [21]) angeregt werden hinsichtlich der Voraussetzungen der Ausschließung der Nichtigkeits-Beschwerde durch ein vorausgegangenes Restitutions-Gesuch wider dasselbe Erkenntniß, als Anerkennungs-Handlung. Es ist bereits bemerkt worden, daß die anerkennende oder einen Verzicht in sich schließende Handlung so beschaffen seyn muß, daß sie mit der Anfechtung des in Frage stehenden Bescheids im Widerspruche stehen würde. Gerade hiervon hängt es nun ab: ob daraus, daß eine Partei vom Richter, der das sie gravirende Erkenntniß gegeben hat, Abhilfe der Beschwerde verlangt, ein Verzicht auf ein devolutives Rechtsmittel zu entnehmen sey? Es wird ein solches allerdings dann anzunehmen seyn, wenn eine Partei, welcher electiv ein devolutives und ein nicht devolutives Rechtsmittel zusteht und welche beide angezeigt hat, das letztere fortsetzt [22]), wodurch sie sich des ersteren begibt; außerdem aber nicht. Es ist daher in dem einer Nichtigkeits-Beschwerde vorausgegangenen Restitutions-Gesuche gegen dasselbe Erkenntniß, wogegen jene gerichtet war, alsdann eine, die Anerkennung des letzteren enthaltende Handlung nicht zu finden, wenn weder die Begründung beider Rechtsmittel mit einander im Widerspruch

---

Rest.-Verfahrens, in welche der Gegner durch jenen Bescheid verurtheilt und um deren Beitreibung gebeten worden war, entstand die Frage: ob nicht hierin ein Verzicht auf die Appellation durch Anerkennung des Bescheids enthalten sey? Da inzwischen das Kosten-Verzeichniß nur Beträge enthielt, welche der Official-Anwalt der Appellanten für sich forderte, so wurde nicht angenommen, daß der letztere von diesem Gesuch Wissenschaft und in dasselbe gewilligt habe; zumal durch die Rubrik des Gesuchs diese Annahme wesentliche Unterstützung fand, indem danach nicht der Appellant, sondern sein Official-Anwalt den fraglichen, auch nur sein Interesse berührenden, Antrag gestellt hatte; es wurde demgemäß das Rechtsmittel als statthaft angenommen, Peter g. Knierim [2323] 1836. Vergl. des Verf.'s R. Samml. a. a. O. S. 149.

21) Sie können nicht erhoben werden, wenn das Rest.-Gesuch nur einem weiteren Anerkennungs-Acte hinzutritt, wenn z. B. die mit ihrem Anspruch zurückgewiesene und dieß Erkenntniß als nichtig anfechtende Partei die solches motivirende Unterstellung als actenmäßig anerkennt und nur mittelst eines Rest.-Gesuchs dieselbe zu beseitigen gedenkt; hier wurde die N.-Beschwerde für ausgeschlossen erachtet, Herwig g. Frankenberg [7219] 20/1 1841.

22) G. L. Böhmer, l. cit. §. 11.

stehen [23]), noch nach dem Restitutions-Gesuche, wegen des Anführens derselben Gründe der Nichtigkeits-Beschwerde, die Absicht des Querulanten zu unterstellen ist, daß er sich dem gedachten Bescheide habe unterwerfen wollen [24]). Nur unter dieser doppelten Modification ist daher als Regel anzunehmen, daß im Vorbringen eines Restitutions-Gesuchs wider ein Erkenntniß eine stillschweigende Anerkennung der Rechtmäßigkeit desselben zu finden sey, jenes folgeweise namentlich der Geltendmachung der Nichtigkeits-Beschwerde entgegen stehe [25]). Es entstand hier

---

23) Auch die eventuell einem Rest.-Gesuche angefügte Nichtigk.-Beschwerde wurde nur unter der Voraussetzung für ausgeschlossen erachtet, daß sie mit der Art und Weise, wie das Rest.-Gesuch zu begründen versucht worden ist, in geradem Widerspruche steht, Pohl g. Härtel, 1820; Oschmann g. Kraus, 1821; Bing g. v. Dittfurth, 1827; Völker g. Gans, 1828; Seibel g. Himmelreich, 1831; Battenfeld g. Marburg. Wittw.-Casse [3194] 1835; Weisheit g. Katzung [1365] 1836; Henkel g. Lüttebrand [7282] 18/10 1842; Brill g. Heinemann [7817] 1842; vergl. Kurhess. Zeitschr. für Recht rc., H. 1 S. 207 fg.

24) Diese Absicht ist z. B. alsdann nicht zu unterstellen, wenn mit dem Rest.-Gesuche eine Appellations-Anzeige verbunden worden ist, indem diese jene Absicht eben sowohl geradezu ausschließt, Vaupel g. Blumenthal [6883] 15/5 1841, als in dem Falle, wenn an das Rest.-Gesuch eine Protestation wider die Annahme der Anerkennung des Bescheids angeschlossen wurde, Herbst g. Weißenborn [7615] 25/5 1842, in Erw.: „daß zwar die Statthaftigkeit der Appellation mit Unrecht von dem Appellaten bestritten wird, da bei der mit dem Rest.-Gesuche, welches der Appellant in v. Instanz angebracht hatte, verbundenen Verwahrung, die Absicht, den Bescheid anerkennen zu wollen, nicht unterstellt werden kann." — Eben so liegt in der Einlassung auf die Verhandlungen in der Hauptsache, während das Rest.-Verfahren anhängig ist, alsdann kein Verzicht auf dieses, wenn jene Einlassung nur mit dem Vorbehalte seines in dem Restit.-Verfahren ergriffenen Rechtsmittels erfolgte, auf Veranlassung des letzteren aber dem O. Gerichte über die Restit.-Gesuche des Appellanten was Rechtens zu erkennen, vom O. A. Gerichte aufgegeben worden war, Reuter g. Weber [8091] 4/4 1843.

25) So wurde unter anderen erkannt: in S. Renner z. S. Katten g. R. [2581] O. A. G. D. v. 24/2 1838, in Erw.: „daß durch das von der Querulantin bei dem U. Gerichte angebrachte Gesuch um Restitution gegen den Bescheid — die von ihr bei dem O. Gerichte eingeführte N.-Beschwerde nur dann für ausgeschlossen zu halten seyn würde, wenn letztere mit der Art der Begründung des ersteren im Widerspruche stände, oder in dem angebrachten Rest.-Gesuche eine Anerkennung des gedachten Bescheids zu finden wäre; — daß aber weder das Eine noch das Andere der Fall ist, — indem die Gründe, welche zum Behufe der Erlangung der gebetenen Restitution angeführt worden, im Wesent-

die Frage: ob in dem Falle, wenn in Beziehung auf eine Klage der Proceß beim Appellationsgericht anhängig war, in

---

lichen dieselben sind, womit die N.-Beschwerde zu rechtfertigen versucht worden ist und gerade das Anführen dieser Gründe in 1. Instanz den klaren Beweis liefert, daß die Querulantin keineswegs die Absicht, sich dem gedachten Bescheide zu unterwerfen, oder solchen als rechtsbeständige Entscheidung anzuerkennen, gehabt, sondern den Weg des Rest.-Gesuchs nur in der Unterstellung eingeschlagen hat, auf solchem die Beseitigung jenes Bescheids am kürzesten erlangen zu können; — daß daher der Grund, aus welchem das O. Gericht die Entscheidung auf die angebrachte N.-Beschwerde abgelehnt hat, als unrichtig und die dieserhalb dahier eingeführte Beschwerde über Justizverweigerung als gegründet erscheint"; — Koch g. Stoffel [4973] 29/8 1838, (in diesem Falle war die N.-Beschwerde nur gegen die ausgesprochenen Folgen der Versäumung, daß nämlich der Rechtsnachtheil ewigen Stillschweigens auf eine zur Erklärung mitgetheilte Provocation alsbald angedroht und realisirt sey, gerichtet, — wohingegen das Rest.-Gesuch nur den Ablauf der Frist und daß dieser unverschuldet erfolgt sey, zum Gegenstand hatte), in Erw.: „daß eine N.-Beschwerde nur dann als durch ein gegen die angefochtene Entscheidung früher vorgebrachtes Rest.-Gesuch ausgeschlossen angesehen werden kann, wenn deren Rechtfertigung mit der Art und Weise der Begründung des vorhergehenden Rest.-Gesuchs im Widerspruche sich befindet; — daß aber ein solcher Widerspruch im gegenwärtigen Falle nicht anzunehmen steht, — indem die erhobene N.-Beschwerde lediglich gegen die ausgesprochenen Folgen der Versäumniß des Querulanten gerichtet ist, das frühere Rest.-Gesuch aber nur auf den unverschuldeten Ablauf der bestimmten Frist sich bezieht und beide daher auf verschiedenen Gründen beruhen; — daß hiernach das O. Gericht mit Unrecht eine Entscheidung auf die bei demselben eingebrachte N.-Beschwerde abgelehnt hat und es daher einer diese Ablehnung beseitigenden Auflage an dasselbe bedarf, — ohne daß dahier eine weitere Entscheidung in der Sache selbst erfolgen kann; — indem das in dieser Instanz eingebrachte Rechtsmittel vom Standpuncte einer Beschwerde über Justizverweigerung aus zu beurtheilen ist und die Natur dieses Rechtsmittels die weitere Entscheidung der Sache in dieser Instanz unstatthaft macht." (Dem O. Gericht wurde, unter Aufhebung seines Erkenntnisses, aufgegeben, über die N.-Beschwerde w. R. zu erkennen). — In einem dritten Falle, Simon g. Landgr. Fr. v. H. [1580] 1829, war, ungeachtet einer Bitte um Prorogation, in den Ungehorsam in der Sache selbst erkannt, auf den Grund einer Entschuldigung in Beziehung auf die Termins-Versäumung um Restitution gebeten, hiernächst aber, wegen mangelnder Voraussetzungen des Contumac.-Bescheids, eine N.-Beschwerde erhoben. Das O. A. Gericht erkannte: es stehe die Begründung mit der Rechtfertigung der N.-Beschwerde nicht im Widerspruche, weil durch diese die Ungesetzlichkeit der Androhung des erwähnten Präjudizes zu zeigen versucht, jenes aber auf die Anführung gestützt werde, daß ihm wegen Versäumung des Termins ein Ungehorsam nicht zur Last falle.

Beziehung auf einer jener entgegengesetzten Einrede ein Restitutions-Gesuch beim Gericht erster Instanz eingereicht wurde, hierin ein Verzicht auf die Appellation liege? Die Frage wurde bejahend entschieden, weil Klage und Einrede nur in einer Instanz verhandelt werden könnten [26]).

Wenn gegen einen nach der Klagbitte verurtheilenden Contumacial-Bescheid ein Restitutions-Gesuch angebracht wird, so ist darin ein Act der Anerkennung der Klagbegründung im Allgemeinen nicht zu erkennen [27]).

Die R.-Beschwerde gegen einen die Ansetzung eines Termins zur Eidesleistung anordnenden Termin endlich wird durch ein die Zulassung eines neuen Zeugen bezweckendes Restitutions-Gesuch für ausgeschlossen erachtet, indem man darin eine Anerkennung jenes Bescheides findet [28]).

8. Aus der Anstellung einer neuen Klage, so wie daraus, daß in den dadurch veranlaßten Verhandlungen über die eigentliche Bedeutung des jener vorausgegangen Erkenntnisses deducirt worden, ist dagegen ein stillschweigender Verzicht auf ein vor

---

26) Kehr g. Abt [6885] 1841.

27) Nachdem die Verklagten auf die Frage sich nicht erklärt haben, ergeht Contum.-Bescheid; sie appelliren anfangs dawider und bringen dann ein Rest.-Gesuch in Verbindung mit verschiedenen Einwendungen gegen die Klagbegründung vor. Es wird Restitution ertheilt, hiernächst das Beweisverfahren eingeleitet und der danach ergangene Bescheid namentlich von den Verklagten deshalb angefochten, weil sie mit ihren Einwendungen gegen die Klagbegründung enthört seyen. Das O. Gericht verwarf diese Beschwerde, weil die Klagbegründung, nachdem der diese annehmende Ausspruch des Contumacial-Bescheids durch das dagegen mit Erfolg vorgebrachte Rest.-Gesuch von den Verklagten anerkannt worden, feststehe; das O. A. Gericht erkannte jedoch abändernd, in Erw.: „daß die Prüfung der Klagbegründung durch den unterrichterlichen Contumacial-Bescheid nicht ausgeschlossen wird, da dieser Bescheid durch die den Verklagten dagegen ertheilte Restitution beseitigt ist und den Verklagten, nachdem sie gegen den Ablauf der Frist zu ihrer Vernehmlassung in den vorigen Rechtsstand wieder eingesetzt waren, frei stand, jede ihnen geeignet scheinende Vertheidigung wider die Klage vorzubringen", Fisc. Pr. g. v. Leipold [8486] 2/10 1847; v. Dehn-R. g. St. Hersfeld [820] 1847; Gem. Lichenroth g. Fisc. Pr. [8444] 1846. (Annal. III. 139).

28) Linnenkohl g. Friedrich [6549] O. A. G. D. v. 25/7 1840.

jener Klaganstellung wider das gedachte Erkenntniß zur Hand genommenen Nichtigkeits-Beschwerde nicht zu folgern [29]).

§. 25.

c. Wirkung der Anerkennung.

Durch die Anerkennung eines der Rechtskraft fähigen Bescheids wird unter den sonstigen Voraussetzungen, namentlich der, daß der Bescheid einen dem Verzicht der Parteien unterworfenen Gegenstand hat (S. 129), jene Wirkung herbeigeführt [30]), z. B. der Mangel der Sachlegitimation beseitigt und die Nichtigkeits-Beschwerde in dieser Beziehung ausgeschlossen [31]).

Es fällt aber dieser Erfolg alsdann weg, wenn der anerkannte Bescheid, an dessen Bestehen, als bedingende Voraussetzung die Rechtskraft geknüpft ist, beseitigt wird [32]): wie denn auch in dem Falle davon keine Rede seyn kann, wenn das Erkenntniß zu keinem der Klage entsprechenden Resultate führt [33]). Abgesehen von diesen Fällen der Wirkungslosigkeit der Anerkennung ist nun das gleichwohl nach derselben, z. B. über eine Appellation, ertheilte Erkenntniß nichtig [34]). Insonderheit ist die Bedeutsamkeit eines processualischen Mangels für die Entscheidung der Frage nach der Zulässigkeit der Anerkennung nicht

---

29) Huppach g. Neumann [6508] 21/1 1840; namentlich wurde in der Anstellung einer neuen Klage, nachdem eine frühere angebrachtermaßen zurückgewiesen worden war, eine Anerkennung des zurückweisenden Erkenntnisses nicht gefunden, Wilkening g. v. Landsberg [4012] 29/4 1837. Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 146.

30) Emanuel g. Ullrich [7460] 20/1 1841, im Näheren mitgetheilt S. 135 Not. 98, Borthmann g. Heinrich [6927] 22/4 1840; Leng g. L. [8243] 13/7 1844.

31) Gem. Herlinghausen g. Pfarrei Ersen [8461] 21/2 1844; — vergl.: Rechtsfreund v. 1837 S. 262; des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 145, 412, 413; Th. VIII S. 510, 511.

32) Baupel g. Feisel [6861] 28/10 1840; in welchem Falle die mittelbare Anerkennung des Erkenntnisses darin gefunden wurde, daß die Partei einen späteren appellabeln Bescheid in Rechtskraft treten ließ.

33) Wiederhold g. Fleischhut, O. A. G. 2/3 1822.

34) Warnecke g. Steinhaus [5066] 19/1 1839.

bestimmend; daher z. B. durch solche selbst die einer Entscheidung wider ein rechtskräftiges Erkenntniß beiwohnende Nichtigkeit [35]), die Unterlassung der Erklärung der Fatalien [36]) ꝛc. dadurch für sanirt erachtet wird.

---

35) Hecker g. Scholl, O. A. G. D. v. 12/6 1822.
36) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 169.

Dritte Abtheilung.

Das Verfahren.

I. Die Nichtigkeits-Beschwerde.

§. 26.

Ueberhaupt.

Im Allgemeinen ist hier zu bemerken, daß, wie die gemeinrechtlich angenommenen Grundsätze des in Folge des J. R. Abschieds geltenden resp. vor demselben in Kraft bestandenen Verfahrens [37]), wonach, abgesehen von der nur bei den Reichsgerichten erforderlich gewesenen Appellations-Summe, das Verhältniß der Nichtigkeits-Beschwerde zur Appellation, ihre Cumulation mit einander, die rechtliche Natur jener, die Folge ihrer Geltendmachung rücksichtlich der Frage, ob solche in aufschiebender Wirkung bestehe? zur Norm dienten, — nach Maaßgabe derjenigen Auffassung, zufolge welcher man unter der durch den J. R. A. bestätigten des gemeinen Rechts überhaupt „die ganze, aus dem römischen und canonischen Rechte entwickelte Theorie, welche aus Italien nach Deutschland übergegangen war", verstand, auch in Hessen diese letztere, namentlich rücksichtlich der Lehre von den Nichtigkeitsgründen Eingang fand. In Beziehung auf die formelle Behandlung gilt sonach die Nichtigkeits-Beschwerde auch hier als processualisches Rechtsmittel; sie hat aber nur unter sehr beschränkenden Voraussetzungen Suspensiveffect, und dessen Erfordernisse sind besonders darin

37) Vergl.: Wetzell, a. a. O., S. 650 fg.

von den gemeinrechtlichen unterschieden, daß die Verjährungsfrist beschränkt, die Competenz nur des höheren Richters statthaft [38]) und die Zulassung von neuem Vorbringen untersagt ist. Die Grundsätze im Näheren beziehen sich auf folgende Puncte:

§. 27.

1. Rechtliche Natur.

Nach hessischem Rechte ist also die Nichtigkeits-Beschwerde nur als ein in dem geordneten gewöhnlichen Instanzenzuge geltend zu machendes Rechtsmittel anerkannt. Es ergibt sich dieß aus den für das Ober-Appellationsgericht ergangenen, hier einschlagenden, Gesetzen [39]). Nach der in der vorigen Note erwähnten Stelle werden in Beziehung auf die „vor Execution der bei dem Ober-Appellationsgerichte ausgesprochenen Urtheile und was dagegen vor Remedia statt haben und erlaubt seyen", als zuläßige Rechtsmittel gegen Erkenntnisse dieses Gerichts nur die Restitution und die Syndicatsklage genannt. Schon hieraus muß die Unzuläßigkeit der Nichtigkeits-Klage gefolgert werden. Sodann aber weist auch der darin enthaltene Ausspruch dahin, „daß die eben daselbst befindliche Anordnung, wonach die Remedia supplicationis, revisionis und transmissionis actorum unter keinerlei Vorwand einigen Platz haben sollen", auf die Ausschließung des Gebrauchs einer solchen Klage um deswillen hin, weil wider Erkenntnisse der Reichsgerichte, an deren Stelle das Ober-Appellationsgericht rücksichtlich des seiner Jurisdiction unterworfenen Gebiets getreten ist, außer dem Fall einer Syndicatsklage, eine Nichtigkeit nur auf dem Wege der

38) Streit besteht darüber: ob das obere Gericht allein, oder in electiver Concurrenz mit dem unteren, oder dies letztere allein zur Entscheidung über die Nichtigkeits-Beschwerde competent sey? Gegen die ausschließliche Zuständigkeit des oberen Gerichts sind, nach dem dermaligen Stand der Wissenschaft, Gesetzgebung und Praxis allerdings die meisten deutschen Territorien; indem nur das O. A. Gericht zu Cassel und das Obertribunal zu Stuttgart dafür sich ausgesprochen haben. Vergl. übrigens im Näheren: Herquet, die Nichtigkeitsklage in bürg. Rechtsstreit. (J. 1838), §§. 41—59; Linde, a. a. O. S. 542 fg.; Wetzell, a. a. O. §. 60 (S. 652 fg.).

39) O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746, Tit. 7.

Supplication oder Revision, nicht aber selbstständig geltend gemacht werden konnte, der Gebrauch dieser beiden Rechtsmittel gleichwohl in der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung ausdrücklich untersagt worden ist. Auch abgesehen von der erwähnten Bestimmung kann aber zudem, nach der Praxis der hessischen Gerichte, über die gerügte Nichtigkeit eines richterlichen Ausspruchs nur der höhere Richter im ordentlichen Instanzenzuge erkennen. Und dieser Gebrauch ist um so mehr von Bedeutung, als er eine im gemeinen Rechte nicht klar entschiedene, unter den Processualisten streitige Frage betrifft und für Fälle solcher Art, auf dessen Beobachtung, zur Vermeidung aller Ungleichheit in Entscheidung von Rechtssachen, gesetzlich hingewiesen worden ist[40]. In Beziehung auf jenen Gerichtsgebrauch[41] hat denn auch die neuere hessische Gesetzgebung eine Aenderung nicht herbeigeführt. Zwar sind danach[42] die Gerichte angewiesen worden, die Handlungen des im Prozesse aufgetretenen **nicht** legitimirten Vertreters der Partei als nicht vorhanden zu betrachten und es könnte die Frage entstehen, ob nunmehr jene für befugt zu halten seien, auf den Grund eines solchen Mangels, selbst die von ihnen ertheilten Erkenntnisse als nichtig aufzuheben? Es ist indessen diese Frage verneint worden[43]. Demnach kann die Nichtigkeit weder als Klage, noch als Einrede (Note 41), noch als Replik[44], noch in der Vernehmlassungsschrift auf den Beschwerden-

---

40) O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746, Tit. V. §. 13.

41) Dessen Bestehen ist bereits früher (des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. IV. Abth. 2 S. 298) schon belegt worden; im Näheren sind noch anzuführen folgende Entscheid. in S.: Philippsthal. Anw. g. Adv. cam. [5170] 1823; Dicke g. Böwinkelmann [7414] 1825; Herquet g. Fisc. Pr. [4077] 1836, 1840. (Diese Sentenz gab Veranlassung zu der in der Not. 38 citirten Schrift des Querulanten.) Regenbogen g. Heuser [4309] 24/6 1837; Brüngershäuser Einw. g. Fisc. Pr. [4159] 12/8 1837; Hettche g. H. [4802] 1839. Theys g. Weber [7438] 9/2 1841.

42) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 7.

43) N. Samml. a. a. O. S. 299 Not. 2.

44) Bier g. Curth [7885] 19/3 1842: „Die Nichtigkeit eines ertheilten Erkenntnisses kann nur in dem gewöhnlichen Instanzenzug, mittelst eines devolutiven Rechtsmittels, keineswegs aber durch Vorschützung einer Einrede (Replik) geltend gemacht werden."

libell, insonderheit auch nicht als Adhäsivbeschwerde, — vorausgesetzt, daß nicht die letztern zugleich als Appellationsbeschwerde sich auffassen läßt [45]), — geltend gemacht werden.

§. 28.

2. Nach dem Gegenstand des Prozesses und der Person des Querulanten.

Die Statthaftigkeit der Nichtigkeits-Beschwerde ist nun zunächst:

I. in Ansehung des Gegenstandes der Beschwerde im Allgemeinen nicht mehr als die Appellation beschränkt, vielmehr in manchen Fällen zuzulassen, in denen die letztere wegfällt. So soll: 1. wenn in Beziehung auf Streitigkeiten zwischen Anerben in Schaumburger Meiergüter rücksichtlich der Succession die nach dem ordnungsmäßigen Antrag der Regierungs- und Finanz-Deputirten ergangenen obergerichtlichen Verfügungen angegriffen werden [46]), nicht die Appellation, sondern nur die Nichtigkeits-Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeiten stattfinden [47]). 2. Eben so wenig ist die Appellation in dem die Abtretung zu öffentlichen Zwecken eingeleiteten Verfahren, wohl aber die Nichtigkeits-Beschwerde zulässig [48]). 3. In Injuriensachen dagegen, soweit solche überhaupt noch vor Civilgerichten verhandelt werden können [49]), ist für die Appellation die dritte Instanz versagt, für die Nichtigkeits-Beschwerde aber vor wie nach gewährt [50]). 4. Rücksichtlich der Prozeßkosten gilt der Grundsatz, daß solche bei Berechnung der Erwachsenheit in den Hauptgegenstand nicht eingerechnet werden, folgeweise auch für sich allein selbstständiges Object der Appellation nicht sein können; er bedingt deßhalb, weil, wie näher angegeben werden wird, bei der Nichtigkeits-Beschwerde das Erforderniß der Appellations-Summe

45) N. Samml. a. a. O., S. 298 Not. 6 u. 7.

46) Meierordn. v. 21. Oct. 1774 Art. II. §. 8.

47) Minist.-Beschl. v. 29. Apr. 1825 (III. 399), u. v. 15. Aug. 1831 zu III. (III. 424). Ueber die Praxis vergl.: N. Samml. a. a. O. S. 133 Not. 1.

48) Gesetz v. 2. Jul. 1846 §. 20.

49) Verordn. v. v. 19. Nov. 1827; Gesetz v. 20. Dec. 1840.

50) N. Samml. a. a. O. S. 299 Not. 5.

wegfällt, nicht auch die Statthaftigkeit jener [51]). 5. In Betreff disciplinarischer Verfügungen ist zu bemerken, daß a. wenn der Unterrichter über dergleichen, z. B. über seine Verurtheilung in die Kosten durch ein Obergericht Beschwerde führt, die Nichtigkeits-Beschwerde darüber nicht stattfindet [52]). b. Ist von der Anfechtung solcher Entscheidungen die Rede, welche die Verbindlichkeit des Sachwalters, subsidiär für den Ersatz der Kosten des Anwalts zu haften [53]), zum Gegenstand haben, so wird alsdann solche insofern unter dem Gesichtspunkt einer Disciplinar-Beschwerde aufgefaßt, als der Ausspruch sich nur auf eine Beurtheilung der rechtlichen Natur des Verhältnisses zwischen dem Sachwalter und Anwalt und der daraus sich ergebenden Folgerungen beschränkt; unter dem Gesichtspunkt eines ordentlichen Rechtsmittels — Appellation und Nichtigkeits-Querel — aber alsdann: wenn sich jener Ausspruch auf anderweite Streitpunkte, z. B. die Behauptung der Solvenz der Partei, Leugnung des erhaltenen Mandats vom Sachwalter, Einrede der Zahlung, der Verjährung ꝛc., bezieht [54]).

II. Soviel sodann die Person des Querulanten anlangt, so sind solches zunächst die Parteien, zwischen denen der Streit

---

51) Fisc. Pr. g. St. Zierenberg [7525] 9/2 1841; Bingell g. Schwaner]2031] 7/12 1849. In diesem letzteren Falle hatte ein Obergericht die N.-Beschwerde deshalb, weil die angefochtenen Verfügungen lediglich Entscheidungen in Betreff der von dem Querulanten den Querulaten zu erstattenden Proceßkosten enthielten, eine Beschwerde über diese aber mittelst eines devolutiven Rechtsmittels nicht selbstständig, sondern nur in Verbindung mit einer solchen in der Sache selbst geltend gemacht werden könne, als unstatthaft zurückgewiesen; das O. A. Gericht reformirte jedoch, auf die dahin erhobene Justizverweigerungs-Beschwerde, in der im Text angegebenen Weise.

52) Die Frage, ob ein solches wegen Unregelmäßigkeiten dem gestraften Richter zur Last fallendes Verschulden vorliege, welches jener Verurtheilung entspreche? ist, in Ermangelung bestimmter gesetzlicher Vorschriften, nicht geeignet, Gegenstand einer solchen Beschwerde zu seyn und die Nichtberücksichtigung des deshalbigen Antrags des Querulanten stellt sich daher lediglich als das Ergebniß richterlichen Ermessens dar. N. Samml. a. a. O. S. 317 Not. 1.

53) Ueber das Nähere in Beziehung hierauf vergl.: N. Samml. a. a. O. S. 500 fg.

54) Greineisen g. Fink z. S. ꝛc. [1084], 1847; Weber g. Herquet z. S. ꝛc. [4776] 1857; Freudenstein g. du Fais ꝛc. [4849] 1857.

geführt ist. Es fragt sich indeß, ob nicht auch Dritte die Nichtigkeits-Beschwerde geltend zu machen befugt erscheinen? Wenn davon die Rede sein soll, so würde dies jedenfalls ein rechtlich anerkanntes Interesse des Dritten voraussetzen. In Anwendung auf den Fall, wo der Zweifel entstand, ob nicht der Staatsanwalt um deßwillen, weil durch ein rechtskräftiges Erkenntniß Gesetze verletzt seyen, oder weil eine mit dem öffentlichen Wohle unverträgliche Anwendung von denselben gemacht worden sey, zu einer solchen Anfechtung befugt erscheine? wurde angenommen, daß bei dem solchem angewiesenen, diese Art von Beschwerden nicht in sich begreifenden, Geschäftsbezirk [55]) davon die Rede nicht seyn könne [56]). Abgesehen hiervon reden nun zwar die Gesetze, gleich den Schriftstellern, meist nur von Appellationen dritter Personen, welche ein Interesse bei der Entscheidung haben. Es steht indeß an und für sich nichts im Wege, die dabei geltenden Grundsätze analog auch auf Nichtigkeits-Beschwerden Dritter anzuwenden, vorausgesetzt einmal, daß solche jene Entscheidung als formell für sie wirksam anerkennen und nur den materiellen Inhalt derselben als nichtig anfechten, und dann, daß der Fall ein solcher ist, wo der Dritte, wenn noch in der untern Instanz verhandelt würde, zwischenklagend hätte auftreten können. Denn das Charakteristische hinsichtlich der Appellations-Befugniß eines Dritten besteht lediglich in der Befugniß, eine Intervention auch noch nach beendigtem Rechtsstreite gegen den Sieger durch einen Angriff des Erkenntnisses in höherer Instanz geltend zu machen und wenn man einen solchen Angriff gestattet, so kann es an sich darauf nicht ankommen, ob das Erkenntniß bereits rechtskräftig geworden ist, also nur durch eine Nichtigkeits-Beschwerde angefochten werden kann, oder ob die Appellation noch zulässig war. Der Dritte nimmt in einem solchen Falle die Stelle des Besiegten ein und kann die diesem zustehenden Rechtsmittel benutzen [57]).

---

55) Vergl. im Näheren: des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 68 fg.

56) Daher wurde eine solche N.-Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen in S. Keßmann g. Grote [9484] 15/11 1846; vergl. Pfeiffer's pr. Ausf., Th. VIII S. 517 §. 2, S. 519.

57) N. Samml. a. a. O., S. 302 Not. 1.

§. 29.

3. Dauer der Nichtigkeits-Beschwerde.

Auch in Hessen war die Zulässigkeit der Nichtigkeits-Beschwerde an deren Geltendmachung binnen dreißig Jahren gebunden [58]); später [59]) aber wurde gesetzlich geschrieben: daß sie nach Ablauf von zwei Jahren, vom Tage der Eröffnung des als nichtig anzufechtenden Endsbescheids an, nicht mehr geltend gemacht werden dürfe; woneben in Beziehung auf das wegen Abtretung von Grundeigenthum zum Zweck der Anlegung von Eisenbahnen angeordnete Verfahren die specielle Bestimmung erging, daß, wenn in Folge eines die Entschädigung der Betheiligten festsetzenden Erkenntnisses von der Nichtigkeits-Beschwerde wegen wesentlicher Mängel des Verfahrens Gebrauch gemacht werde, solche beim Verlust des Rechtsmittels innerhalb acht Tagen bei dem Untergerichte einzureichen sey [60]).

Dem Querulanten liegt es ob, bei Einreichung des Beschwerden-Libells nöthigenfalls nachzuweisen, daß jene Frist noch laufe [61]). Die hierzu dienliche Vorlegung des endlichen oder dem gleichstehenden Urtheils wird zu diesem Zwecke insonderheit ersetzt durch die Nachweisung der Behändigung des darauf sich beziehenden Paritorial-Decrets [62]). Die Frist ist aber, nach der Natur dieses Rechtsmittels, als eines devolutiven, als eine processualische zu betrachten und daher auch die rücksichtlich des Ablaufs derselben dargebotene Restitution zuläßig [63]); wohingegen die mit dem Ablauf der Frist eintretende Verjährung der

---

58) So wurde z. B. erkannt in S. Fisc. Pr. g. St. Witzenhausen, O. A. G. Decr. v. 14/2 1827.

59) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 47; vergl. §. 49.

60) Gesetz v. 2. Juli 1846 §. 20; widrigenfalls die Beschwerde als versäumt zurückgewiesen wird, Klenzer g. Fisc. Pr. [715] 8/12 1846.

61) In Beziehung auf die zweijährige Frist ausgesprochen in S. Arnd g. Vietor [1012] 2/10 1847.

62) Gem. Weichersbach g. Krack [7086] 2/2 1841; wodurch erkannt wurde, daß von dem Moment dieser Behändigung an die Verjährungsfrist zu laufen beginne.

63) N. Samml. a. a. O. S. 302 Not. 3; Fisc. Pr. g. Tenis [3675] 12/8 1854.

Nichtigkeits=Beschwerde durch eine frühere Protestation nicht abzuwenden steht [64]).

§. 30.

4. Förmlichkeiten und Begründung der Nichtigkeits=Beschwerde.

Die Geltendmachung der Nichtigkeits=Beschwerden ist in dieser Hinsicht

1. unabhängig vom Werth des Gegenstandes des Streits, resp. der Beschwerde selbst, wenn das Object der letzteren mit jenem nicht zusammenfällt [65]).

2. Es wird sodann die Vorlegung einer Vollmacht für den exhibirenden Anwalt erfordert [66]). Rücksichtlich solcher genügt es zwar, wenn dieselbe auf Geltendmachung einer — die Nichtigkeits=Beschwerde mit in sich begreifenden [67]) — Berufung gerichtet, nicht aber auch, wenn sie auf die Ausführung der Appellation, oder auf den beim Ober=Appellations=Gerichte (Ober=Gerichte) anhängig zu machenden Rechtsstreit beschränkt ist [68]).

3. Eben so wird die Beifügung des angefochtenen Erkenntnisses verlangt [69]).

4. Wenn gleich die Gründe, auf welchen die Nichtigkeits=

---

64) Korf betr. [7127] 1/8 1840. Annal. II. 256.

65) So wurde die Zuständigkeit des O. A. Gerichts über Appellationen zu erkennen von dem Werthe des Streits über 200 resp. 100 Thlr. abhängig gemacht, eine Ausnahme aber dann gestattet, wenn „der Bescheid unheilbar nichtig" wäre, O. A. G. Ordn. v. 15. Febr. 1746 Tit. III. §. 2. Bei Feststellung der Competenz der Obergerichte wurde dem entsprechend der Werth des Beschwerdeobjects als den Betrag von 50 Thlr. übersteigend angegeben, aber daneben die gleiche Ausnahme anerkannt, wenn „eine unheilbare Nichtigkeit dargethan ist", Organis.=Edict v. 29. Juni 1821 §. 43.

66) Verordn. v. 29. Juni 1821 §. 38.

67) N. Samml. a. a. O., S. 303 Not. 3; Carl g. Osius [2984] 18/12 1852.

68) N. Samml., a. a. O. Die Zurückgabe der Beschwerdenschrift ist, wäre dieß der Fall, die Folge.

69) widrigenfalls erscheint die Partei durch die Zurückweisung des Rechtsmittels nicht beschwert, Bachmann g. v. B. [8680] 1/3 1843. Die Zurückgabe des Libells ist die gewöhnliche Form der Verfügung.

Beschwerde beruht, auf deren Inhalt sich beziehen, so ist doch die Art und Weise ihrer Geltendmachung als eine die formelle Zulassung der Beschwerde selbst bedingende vorgeschrieben worden. Zwar war für die Einrichtung der an das Ober-Appellations-Gericht gerichteten Beschwerdenschriften überhaupt angeordnet, daß „das Gravamen punctatim angemerkt und so kurz als möglich ausgeführt" werden solle [70]). Es rechtfertigte sich diese Vorschrift durch die Betrachtung, daß die Gründe, worauf die Nichtigkeits-Beschwerde gestützt wird, nicht blos aus dem Gesichtspunct von Rechtssätzen aufzufassen sind, welche das Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen und anzuwenden hätte, sondern daß sie gleichsam das Klagfundament der querela nullitatis, also den factischen Bestandtheil der Beschwerden, welcher nicht vom Gerichte ergänzt werden darf, bilden [71]). Wie in der reichsgerichtlichen Praxis schlich sich aber auch hier der Mißbrauch ein, daß statt dieser vorgeschriebenen Heraushebung der einzelnen Puncte und Ausführung der Nichtigkeits-Gründe meist nur auf die vage Behauptung einer Nichtigkeit der Sentenz sich beschränkt wurde, und es wurde jenem insofern nachgegeben, als es noch im Anfange dieses Jahrhunderts üblich erschien, eine in den Acten erfindliche unheilbare Nichtigkeit auch unangerufen und ohne nähere specielle Bezeichnung der Gründe zu beseitigen [72]). Wie aber von jenem Satze abgegangen und vielmehr angenommen wurde, daß ein auf die Nichtigkeit selbst sich beziehender ausdrücklicher Antrag erfolgen müsse [73]), — womit dann vereinbar erscheint, daß von Amts-

70) O. A. G. Ordn. v. 15. Febr. 1746 Tit. X. §. 8.

71) Knoth g. Margarethenhann [6636] 1824.

72) So wurde erkannt in S. Mencke g. Cur. der Kinder 1. Ehe 1805; Schönewolf g. Nathan, 1821.

73) Müller g. Scheibel [3311] 1836; Könecke g. Gem. Burgusseln [4970] 27/4 1839. Es war im letzteren Fall vom O. A. Gericht ein decretum non devolutorium beschlossen. Als sich indeß ergab, daß die Appellation auch nicht einmal an das O. Gericht erwachsen, hierin also ein Grund der Nichtigkeit enthalten sey, wurde gleichwohl lediglich darum, weil eine Nichtigkeits-Beschwerde deshalb nicht geltend gemacht worden war, die angefochtene Entscheidung nicht abgeändert, vielmehr die hiernächstige Einführung einer N.-Beschwerde abzuwarten beschlossen.

wegen zu rügende Mängel, wie der der Proceßlegitimation, ohne solchen berichtigt werden [74]), — so hat man auch in Ansehung des andern Satzes in neuerer Zeit insofern die frühere Ordnung wieder hergestellt, als nun die specielle und genaue Auseinandersetzung des Sachverhältnisses, unter Angabe der einzelnen die Nichtigkeit angeblich darlegenden Gründe, begehrt wurde. In der That erforderte denn auch die in nicht gebührender Weise erfolgte Vermehrung frivoler Querelen der in Rede stehenden Art dringend eine Abhilfe und sie wurde durch einen gemeinen Bescheid des Ober-Appellations-Gerichts [75]), unter Einschärfung der erwähnten Vorschrift der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung auch hinsichtlich des Rechtsmittels der Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten, durch die Vorschrift: „daß nicht nur die einzelnen Nullitäts-Gravamina gehörig aufzustellen, sondern auch durch Anführung der Gründe der behaupteten Nichtigkeit vorschriftsmäßig auszuführen seyen", mit der Verwarnung gewährt, „daß widrigenfalls dergleichen,

---

74) Von jenem Mangel ist die Rede in der dem Text entsprechenden Entscheidung in S. Solms-R. g. Gem. Praunheim [3367] 1837; von diesem in Seuffert's Archiv B. 6 Nr. 299, Erk. d. O. A. Gerichts zu Kiel v. 24/11 1852. Der Fall, der hier entschieden wurde, ist folgender: Gegen das von einem Unter-Consistorium abgegebene Erkenntniß, durch welches die auf Anerkennung der Freiheit der Kläger von der Verbindlichkeit zur Zahlung gewisser Abgaben an einen Organisten gegen diesen gerichtete Klage als unbegründet abgewiesen worden war, hatten die Kläger an das Ober-Consistorium appellirt, welches, nach verhandelter Sache, das angefochtene Erkenntniß bestätigte. Als hierauf die Kläger an das O. A. Gericht ihre Appellation fortgesetzt und ein der Klagbitte entsprechendes abänderndes Erkenntniß beantragt hatten, hob jenes das Erkenntniß des Ober-Consistoriums als nichtig auf, aus folgenden Gründen: Es liegt hier eine Differenz über Leistungen von Seiten der Unterthanen an einen Kirchenbedienten vor. Nach den (näher angegebenen) Landesgesetzen sind solche Differenzen in der Berufungs-Instanz von der Regierung zu erledigen. — Das Ober-Consistorium hat demnach die objectiven Grenzen seiner Gerichtsbarkeit überschritten und das von demselben gesprochene Erkenntniß ist daher absolut nichtig. Nach der K. G. O. v. 1555 Th. 3 Tit. 34 §. 2 (?) und einer allgemeinen und feststehenden Praxis haben die Gerichte diejenigen absolut nichtigen Erkenntnisse, von welchen an selbige appellirt wird, von Amtswegen zu cassiren, auch wenn die Nichtigkeit von keiner Partei gerügt worden ist.

75) v. 11. April 1829 Art. 3; abgedr. in der N. Samml. d. L. O. Th. II. S. 394.

diesen Bestimmungen nicht entsprechend abgefaßte, Schriften alsdann, wenn solche blos eine Nullitäten-Querel enthalten, kurzer Hand zurückgegeben, im Fall der Verbindung mit zur Decretur geeigneten Appellationen aber solche Nichtigkeits-Beschwerden als unförmlich eingebracht nicht berücksichtigt und außerdem noch die Verfasser in eine Disciplinar-Strafe genommen werden sollen". Die Beobachtung dieser Vorschrift wird durch eine constante Praxis bestätigt[76]); die Folge deren Unterlassung aber dadurch z. B. nicht beseitigt, daß auf die Beschwerdenschrift zu einer bereits zurückgewiesenen Berufung und die Acten der früheren Instanz in derselben oder einer connexen, oder davon verschiedenen Sache hingewiesen wird[77]). Inzwischen ist in der Annahme eines Mittelgerichts, daß der Beschwerdepunct aus dem Libell genügend deutlich hervorgehe, als ein Gegenstand

---

76) Einige Beispiele sind hier zu erwähnen: Luttrop g. v. Malsburg [3550] 1836. Hier hatte der Querulant unter den von ihm vorgebrachten Nichtigkeits-Beschwerden die früher aufgestellte Behauptung: „daß das J. Amt aus apponirten Untersuch.-Acten einen Beweis entnommen habe, ohne daß ihm das Gehör gestattet, Gelegenheit zum Gegenbeweis gegeben wäre" beim O. A. Gericht nicht wiederholt, weshalb nicht darauf eingegangen wurde; — Eisenhuth g. Sandrock [3407] 5/8 1837, worin ausgesprochen wurde, daß die allgemeine Beziehung auf die Beschwerdenschrift in v. (2.) Instanz nicht genüge; Brill g. Schäfer [6513] 15/6 1839; Stern z. S. Goldschmidt g. W. [6764] 26/11 1839; Braubach g. F. [6765] 1839; Hubenthal g. W. [6519] 1839; Vollmershausen g. S. [7219] 1840; Vorthmann g. Heinrich [6927] 28/4 1840, in Erw.: „daß Querulant eine in der Entscheidung des O. Gerichts liegende unheilbare Nichtigkeit nachzuweisen, wie ihm, wenn er wegen einer solchen dessen Aufhebung verlangt, allerdings obliegt, nicht vermocht hat"; Naßdorfer Kirchenprov. g. W. [7232] 21/10 1840; Fuld. Civil-Wittw.-Com. g. M. [8949] 15/7 1843, in Erw.: „daß dieselbe (N.-Beschwerde) nur insoweit in Betracht kommen kann, als ein N.-Grund angeführt worden"; Euler g. F. P. [9199] 14/2 1844; Becker g. Kaufmann [9398] 7/5 1844; Becker g. Müller [9509] 21/1 1845; Eidam g. Rühl [178] 1/10 1845, in Erw.: „daß die N.-Beschwerde — nicht zu berücksichtigen steht, weil Querulanten nicht, dem gem. Bescheid v. 11. April 1829 gemäß, Nichtigkeiten speciell ausgeführt haben"; Fisc. Pr. g. Estein [2160] 23/1 1852. In diesen Fällen wurde also namentlich eine abgesonderte Darstellung der einzelnen Puncte, eine gehörige specielle Auseinandersetzung des Sachverhältnisses und eine Nachweisung der angeblich begangenen Nichtigkeiten erfordert.

77) N. Samml. a. a. O. S. 192 Not. 5.

der richterlichen Beurtheilung, für einen Grund zur Geltendmachung einer Nichtigkeits-Beschwerde nicht angesehen worden [78]).

§. 31.

5. Richtung der Nichtigkeits-Beschwerde.

Schon ehedem wurde, da nur wider Erkenntnisse Rechtsmittel zustehen, in Hessen es für unstatthaft gehalten, die Nichtigkeitsbeschwerde wider ein ganzes Verfahren zu richten [79]); später aber wurden gesetzlich die Sentenzen speciell bezeichnet, wider welche nur sie, gleich der Appellation, zulässig seyn solle. Es sind das: verurtheilende oder zurückweisende Enderkenntnisse, die Ableistung eines Haupteids auflegende Vorerkenntnisse [80]), so wie diejenigen in dem Verfahren ergehenden Entscheidungen, welche auf Gegenvorstellungen wider Arrest-Anlagen, Sequestrationen, auferlegte Cautionsleistungen und andere Provisional-Verfügungen erfolgen und diese Nebenpuncte erledigen. Als Endsbescheide sind aber auch die auf gegenseitige Verhandlungen erfolgenden, nach Ertheilung des Endsbescheids in der Hauptsache einen weiteren selbstständigen Streitpunct, oder die Executions-Instanz erledigenden Erkenntnisse zu betrachten, wohin in der letzteren Beziehung bei unbeweglichen Gegenständen die Ertheilung des Zuschlags, bei beweglichen die Erkennung des Verkaufs, oder überhaupt die Zurückweisung des Imploranten gehört [81]). Gegen andere richterliche Aussprüche, welche im Laufe des Processes ergehend, auf dessen Fortsetzung sich beziehen, kann weder die Appellation, noch die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden; es haben aber auch solche Bescheide oder Decrete für den höheren Richter keine verbindende Kraft [82]).

---

78) Oschmann g. Freitag [6561] 20/7 1839.

79) Hasenauer g. Speier, O. A. G. D. v. 1826.

80) Auch in Beziehung auf das Rechtsmittel der Restitution sind solche bei der Nichtigkeits-Beschwerde eben so dem endlichen Erkenntnisse gleich gestellt worden, Gesetz v. 16. Sept. 1834 §§. 11. 12; des Verf.'s N. Samml. v. O. A. G. Entsch. Th. IV. Abth. 2 S. 352.

81) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 34.

82) Ebendas. §. 35.

Rücksichtlich der usuellen Auslegung dieser Vorschriften [83]) ist hier nur speciell anzuführen:

1. Daß die Nichtigkeits=Beschwerde wider ein Erkenntniß, nach dessen Ertheilung, auf fortgesetzte Verhandlungen, ein weiteres und zwar noch vor der Geltendmachung jenes Rechtsmittels, erfolgt ist, alsdann, wenn nicht auch das letztere Erkenntniß mitangefochten wurde, keine Wirksamkeit äußern und daher als zulässig nicht betrachtet werden kann [84]).

2. Dieser Grundsatz findet jedoch seine nähere Bestimmung. Wenn nämlich a. das zuletzt gedachte Erkenntniß kein solcher richterlicher Ausspruch ist, welcher einer selbstständigen Anfechtung unterliegt und wenn der ihm zur Grundlage dienende frühere Bescheid aus dem Wege geräumt worden, von selbst wegfallen muß, auf das verurtheilende Erkenntniß also z. B. in Folge weiterer Verhandlungen ein die Remonstration zurückweisender Bescheid erlassen wurde, so ist gleichwohl die auf jenes erste Erkenntniß beschränkte Nichtigkeits=Beschwerde statthaft [85]). b. Ebenso wenig ist auch die Nichtigkeits=Beschwerde für unstatthaft zu halten, welche gegen ein theils definitives, theils interlocutorisches Erkenntniß, nachdem dieses in der letztern Richtung befolgt worden war, erst nach Ertheilung des Endsbescheids ergriffen wurde [86]).

3. Gegen Erkenntnisse dagegen, welche sich als Inhäsivbescheide in Beziehung auf frühere, rechtskräftig gewordene, durch die der Ausgang des Rechtsstreits von der Beibringung eines Beweises resp. der Ausschwörung des hiernach auferlegten Schiedseides, abhängig gemacht wurde, darstellt, erscheint die Nichtigkeitsbeschwerde eben so unzuläßig [87]), als eine solche,

---

83) Es muß hier in Ansehung des Näheren im Allgemeinen sich bezogen werden auf des Verf.'s N. Samml. v. O. A. G. Entsch. Th. I. S. 38—139; Th. IV. Abth. 2 S. 139—145.

84) v. Mansbach g. Fisc. Pr. [2272] 9/2 1836. Verspätet ist daher die N.=Beschwerde wider einen Eidsbescheid, wenn zur Zeit ihrer Einreichung der Endsbescheid bereits insinuirt war; es wird deshalb solche als unstatthaft zurückgewiesen, Lilienstern g. Fischer [9192] 2/2 1841.

85) Elias z. S. Meier g. P. [3949] 1837.

86) Schwabe g. Horst [4001] 8/2 1837.

87) Hünfelder Kirchenprov. g. Gärtner [6198] 2/5 1840.

welche per saltum alsbald in dritter Instanz angebracht wird, denn hier kann dies Rechtsmittel gegen ein Erkenntniß nicht zugelassen werden, dessen Nichtigkeit in zweiter Instanz gar nicht gerügt wurde [88]); es sei denn, daß die Rüge implicite in der in dieser Mittelinstanz angebrachten Beschwerde, woselbst die Sache als appellabel zur freien Beurtheilung vorlag, mit enthalten gewesen wäre [89]).

Endlich ist hier noch zu bemerken, daß in Eisenbahn-Expropriations-Sachen eine Frist von 8 Tagen, binnen welcher die Beschwerdenschrift bei dem Untergerichte einzureichen ist, gesetzlich besteht [90]).

§. 32.

II. Acten-Einforderung resp. Eröffnung des Nichtigkeits-Processes; Suspensiv-Effect.

Insofern sich aus der Einsicht der Beschwerdenschrift schon, nach Maßgabe der bisher angedeuteten Grundsätze, die Unstatthaftigkeit oder der Ungrund des Rechtsmittels ergibt, so erfolgt alsdann ohne Weiteres ein dasselbe zurückweisendes Decret. Entsteht dagegen, was namentlich nur noch rücksichtlich der Begründetheit regelmäßig der Fall seyn wird, ein Bedenken in dieser Hinsicht, so findet zunächst, zum Zwecke näherer Prüfung der in Bezug genommenen Nichtigkeitsgründe, die Einforderung der Acten statt [91]), für welche in der Regel vom Richter eine Frist, in Eisenbahn-

88) Ziegler g. Jacob, O. A. G. D. v. 3/7 1824; Braun g. Bornemann, 29/10 1825; Schlitt g. Weinberg, 21/12 1831; Frankenberg g. Drexel, 21/12 1831; Liebermann g. Wettlaufer, 19/2 1831; Schönewolf g. Geschirrhalter zu Küchen, 24/8 1831; Neuschäfer z. S. Mater g. N., 1835; Schomberg g. Schmoll [4875] 18/12 1838; Meurer g. Lorsch [8023] 20/12 1842; Fuldner g. Kreisamt Hofgeismar [9715] 4/12 1844.

89) Kurz g. Flemming [3645] 5/5 1832.

90) Gesetz v. 2. Juli 1846 §. 20.

91) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §§. 39, 45. In der Auflage an das untere Gericht wird dann, nach Lage der Sache, auch wohl besonderer Bericht erfordert, z. B. wenn die Zuständigkeit des Gerichts v. Instanz zweifelhaft wäre, darüber, worauf jene sich gründe. Vergl. N. Samml. a. a. O. Th. IV. Abth. 2 S. 303. Als ein Protocoll über den Prioritäts-Termin, das nach der Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 10 vom Gericht aufgenommen werden soll, in der That

Expropriationssachen aber gesetzlich eine von dreitägiger Dauer [92]), bestimmt wird. Lassen sich, nach deren Eingang, nunmehr jene Gründe beurtheilen, was alsdann gewöhnlich der Fall seyn wird, wenn sie auf einem Verstoß wider klares Recht, oder gegen die Acten beruhen, so wird alsdann ohne Weiteres entweder reformatorisch oder die Beschwerde zurückweisend erkannt. In Eisenbahn=Expropriationssachen muß diese Entscheidung binnen 14 Tagen erfolgen [93]). Ist aber der Grund der Nichtigkeit ein solcher, der, um zu diesem Resultat zu gelangen, weitere Verhandlungen nöthig macht, — wie z. B. alsdann, wenn ein Mangel hinsichtlich der Proceßlegitimation besteht [94]), der Bescheid etwa nur an den gewesenen Anwalt des Querulanten, nicht an diesen selbst insinuirt, der letztere bei der Aufnahme des Protocolls nicht zugegen gewesen, dieses selbst von einer nicht dazu befugten Person aufgenommen [95]), das Eingeständniß der Klage von Seiten des Verklagten ohne vorgängige Mittheilung des Klagvortrags in seinen erheblichen Bestandtheilen angenommen wäre [96]) rc., — so wird alsdann der Nichtigkeitsproceß eröffnet, beim Ober=Appellations=Gericht, nach Lage der Sache z. B. in einem Subhastations=Verfahren, auch dergestalt, daß, unter Abschlagung der Processe, dem Gerichte voriger Instanz die Eröffnung der Nichtigkeits=Processe aufgegeben wird [97]), was heu=

---

aber von einem Privatscribenten abgefaßt war, wurde — unter Aussetzung der Eröffnung der Null.=Processe — vom O. A. G. der Versuch gemacht, durch Berichte des Obergerichts und Justizamts zu ermitteln, ob zur betr. Zeit der Scribent auf die Treue des Protocolls verpflichtet gewesen sey; und erst als jene Berichte ungenügend ausfielen, zu jenem weiteren Act geschritten, Stückradt g. Rabe'sch. Contrad. [4094] 4/10 1837.

92) Gesetz v. 2. Juli 1846 §. 20.

93) Ebendas.

94) Des Verf.'s N. Samml., a. a. O. S. 233 Not. 2; S. 303 Not. 6.

95) Sauer g. Bingell [1948] 6/2 1850. Vergl. Not. 91.

96) Henning g. Handl. Mörs [1730] 23/3 1849.

97) z. B. dahin: „werden die vom Proc. W. gebetenen Appell.=Processe dergestalt abgeschlagen: daß von dem judicio a quo die Appellanten, nach vorher zwischen denselben und dem Appellaten, so wie dem Adjudicatar eröffneten Nullitäts=Processen mit der Behauptung, daß der Unterrichter die Licitanten vom weiteren Bieten abgehalten habe, zu hören seyen und hiernach weiter w. R. zu erkennen sey." Ueber das Nähere dieses Falls vergl.: des Verf.'s Subhast.=Verf. S. 224.

tigestages[98]) durch Mittheilung des Beschwerdenlibells an den Querulaten zur Erklärung geschieht[99]). Rücksichtlich der letzteren ist hier nur zu bemerken, daß darin von einer Adhäsivbeschwerde, welche nur bei der Appellation statthaft ist, nicht die Rede seyn kann[100]).

In der Regel hat die Nichtigkeitsbeschwerde keinen Suspensiveffect[1]), selbst dann nicht, wenn das weitere Verfahren, unter Voraussetzung des Gegründetseyns der Beschwerde, wirkungslos seyn würde[2]). Es pflegt jedoch aufschiebende Wirkung alsdann und zwar in dem Acten-Einforderungs-Rescripte unter besonderen Umständen erkannt zu werden, namentlich: wenn ein unersetzlicher Nachtheil droht und die deshalbige Gefahr bescheinigt ist[3]), z. B. alsdann, wenn auf einen Haupteid erkannt worden war und dessen Abnahme bevorsteht[4]). Der

98) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 39.

99) durch Decret etwa dahin: „wird, unter Mittheilung der Beschwerdenschrift an die Querulaten zur Erklärung über die N.-Beschwerde des Querulanten, so wie insbesondere über die mit derselben vorgelegte Ausfertigung des Klag-Mittheilungs-Decrets nebst Anlagen, deren Einsicht dem Querulaten in der Repositur des —Gerichts gestattet wird, bei Vermeidung der Ausschließung und des Eingeständnisses resp. der Anerkennung der bezeichneten Urkunde, eine Frist von — bestimmt, worauf ꝛc.", Henning g. Mörs [1730] 23/3 1849.

100) Mooyer g. Löwenberg [9112] 15/2 1845.

1) N. Samml. a. a. O. S. 304 Not. 2. Rücksichtlich des Verfahrens bei Expropriationen für Eisenbahnen ist dies besonders mit näherer Bestimmung vorgeschrieben, Gesetz v. 2. Juli 1846 §. 20. Ueber die Verneinung der Frage: ob dadurch der Lauf der Beweisfrist gehemmt werde? vergl.: Seuffert's Archiv B. 13 Nr. 288 (S. 416) Erk. d. O. A. G. zu Jena v. 26/5 1853.

2) Dicke g. Bowinkelmann, O. A. G. D. v. 11/2 1829.

3) N. Samml. a. a. O. Not. 3.

4) Beck g. Ronshausen [4124] 1836. — Anderer Ansicht ist das O. A. Gericht zu Jena (Erk. d. v. 19/10 1841, abgedr. in Seuffert's Archiv B. 4 Nr. 271, S. 448), woselbst, — unter Anerkennung des Satzes, daß die N.-Beschwerde in der Regel nicht von Suspensiv-Wirkung begleitet sey, wenn nicht etwa ein unersetzlicher Schaden aus der Vollziehung des formell rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses entstehen würde, oder der Querulant im Stande wäre, durch einleuchtende Gründe die begangene Nullität innerhalb der bis zur Execution ihm nachzulassenden Frist, sofort darzuthun, — angenommen wurde, daß keine dieser Ausnahmen vorliege, „indem (was die erste betrifft) die Ableistung des Erfüllungseides von Seiten des Klägers alle Wirkung verlieren würde,

Unterrichter ist dagegen jene Wirkung zu verfügen nicht berechtigt [5]).

§. 33.

III. Weitere Prüfung der Begründetheit der Nichtigkeits-Beschwerde.

Es ist bereits die Begründung der Nichtigkeits-Beschwerde insofern als ein formelles Requisit derselben in Bezug genommen worden, als dasselbe, wenn auch nicht articulirt, doch speciell in dem Libell gewahrt seyn muß. Es bleibt hier nur noch übrig, kürzlich die Grundsätze anzudeuten, nach welchen die, unter Berücksichtigung des Acten-Inhalts, im Näheren vorzunehmende Prüfung jener Begründung stattzufinden hat. Es wird dabei zunächst vornämlich der Fall in's Auge gefaßt, in welchem die Nichtigkeits-Beschwerde principaliter erhoben wurde.

A. Im Allgemeinen und was die Zuständigkeit des zur Entscheidung über die Beschwerde berufenen Gerichtes anlangt, bezieht sich dessen Cognition auf die Prüfung der Frage: ob der Querulant in der vorigen Instanz durch eine begangene Nichtigkeit verletzt worden ist [6])? Hat der Beschwerdeführer das Rechtsmittel ausdrücklich nur als Nichtigkeits-Beschwerde bezeichnet, so darf das Gericht, selbst beim Vorhandenseyn der Appellationssumme, die Appellation der Nichtigkeits-Beschwerde nicht substituiren [7]). Bei Entscheidung jener Frage selbst sodann hat man den durch das Rechtsmittel angewiesenen Standpunct festzuhalten und nicht darüber sich auszusprechen: ob das untere Gericht so wie geschehen hätte erkennen sollen. Hält das Ober-

---

wenn demnächst das in der Hauptsache ergangene Erkenntniß für nichtig sollte erklärt werden (arg. l. 12 C. de reb. cred. 4. 1).«

5) Sauer g. Sauer, O. A. G. D. 3/4 1824. Es ergibt sich das schon daraus, daß selbst der Oberrichter nur unter der im Text erwähnten Voraussetzung zu einer solchen Verfügung für befugt erachtet wird.

6) Heckmann g. Wilkens [8372] 18/3 1843.

7) So wurde es gehalten in S. Stift Kaufungen g. Fisc. Pr. [3905] 1837; in S. Müller g. Hartwig [7601] 18/10 1842 wies das O. A. Gericht die N.-Beschwerde selbst als ungegründet zurück, weshalb der obige Satz nicht praktisch wurde.

gericht bei Ertheilung einer das Untergerichts-Erkenntniß aufhebenden Entscheidung auf eine bei ihm eingewendete Nichtigkeits-Beschwerde diese Stellung nicht ein, es ist aber durch den unterrichterlichen Bescheid eine Nichtigkeit nicht begangen, so überschreitet es alsdann durch jene Sentenz seine Zuständigkeit und begeht eine die Aufhebung der obergerichtlichen Sentenz zur Folge habenden Nichtigkeit, sollte die letztere auch an sich weder gegen klares Gesetz noch gegen wesentliche Erfordernisse des Processes anstoßen [8]).

Dieser Grundsatz findet Anwendung:

1. Wenn in zweiter Instanz nur wegen Nichtigkeit sich beschwert und darauf an die dritte Instanz entweder nur mit einer gleichen Beschwerde sich gewendet [9]), oder solche zwar hier mit der Appellation in äußere Verbindung gebracht,

---

8) Barth g. Schäfer, O. A. G. D. v. 21/1 1826, Blumenthal g. Ruetz, 21/4 1831; Kurhess. Zeitschr. für Recht rc. H. 2 S. 58; Meister g. v. Boyneburgk [4524] 28/2 1838; Hack g. Nußbaum [5162] 1840. In einem solchen Falle wurde auf deshalb erhobene Beschwerde die Entscheidung des O. Gerichts aufgehoben und erkannt, daß die bei demselben angebrachte N.-Beschwerde zurückzuweisen sey, Freudenstein g. Umbach [8902] 29/7 1843; und weiter, in Erw.: „daß — Dasjenige, was Querulant in der v. und gegenwärtigen Instanz — vorgebracht hat, in keinen Betracht kommen kann, da es bei der Beurtheilung der N.-Beschwerde lediglich darauf ankommt, ob das von dem J. Amte auf die Verhandlungen, welche ihm vorlagen, ertheilte Erkenntniß an Nichtigkeit leidet", Schmidt g. Wehner [9651] 14/12 1844; Homburger g. Epstein [5693] 1860. — In einem weiteren Falle erkannte das U. Gericht über ein Rest.-Gesuch, wiewohl, da das O. Gericht in 2. Instanz entschieden hatte, dieses vor letzteres gehörte, wies indeß das Gesuch zurück. Das O. Gericht, an das darauf Implorant appellirte, bestätigte dieß von einem incompetenten Gericht ertheilte Erkenntniß deshalb, weil das J. Amt das Rest.-Gesuch wegen Incompetenz habe sofort zurückweisen müssen. Als darauf an die höchste Instanz Justizverweig.-Beschwerde erhoben wurde, erachtete man es für zweifelhaft, ob nicht der O. G. Bescheid nichtig sey, da durch solchen ein incompetenter Weise ergangener Bescheid bestätigt worden wäre. Es erschien indeß dieß Bedenken damit beseitigt, daß nur die Zurückweisung des Rest.-Gesuchs bestätigt worden sey. Die Beschwerde wurde daher als ungegründet zurückgewiesen, Kürschner g. Anschütz [8484] 27/4 1843. Das Prinzip ist damit also nicht alterirt.

9) Lüders g. Seebom [7950] 28/2 1838; Huppach g. Neumann [6508] 21/1 1840.

nur über jene aber in zweiter Instanz erkannt worden ist [10]. Hier kann also, in Ermangelung einer Beschwerde über diese beschränkte Richtung der Entscheidung in dritter Instanz, die an die letztere fortgesetzte Beschwerde ebenwohl lediglich als Nichtigkeits-Querel in Betracht kommen [11]. Ueberhaupt ist eine Veränderung der Beschwerdepuncte in dritter Instanz, in Vergleichung mit den in der zweiten hervorgehobenen, namentlich die Geltendmachung neuer, unstatthaft [12]. Das Erkenntniß zweiter Instanz wird also hier in der dritten nur von demselben Standpuncte aus beurtheilt, von welchem aus in jener die unterrichterliche Entscheidung zu beurtheilen war, so daß, wenn die letztere keine Nichtigkeit enthält, z. B. das Untergericht dadurch nicht wider klares Recht verstoßen, das Gericht zweiter Instanz gleichwohl dieselbe aufgehoben hat, die letztgedachte Sentenz als unzuständiger Weise ertheilt, in dritter Instanz aufzuheben ist, sollte sie auch an sich weder gegen klare Gesetze, noch gegen wesentliche Erfordernisse des Processes verstoßen; indem namentlich der Ausspruch unterbleibt, ob das Untergericht so, wie geschehen, hätte erkennen sollen [14]. Dabei macht

10) Jäckel z. S. Schanz g. K. [6428] 1/7 1840. Dadurch wurde erkannt, daß die Berufung in 3. Instanz unstatthaft erscheine, wenn in 2. Instanz nur über die daselbst in Verbindung mit der Appellation erhobene N.-Beschwerde erkannt worden sey; indem der Querulant auch in 3. Instanz lediglich auf das letztgedachte Rechtsmittel beschränkt sich darstelle; Fisc. Pr. g. Bücking [8344] 10/12 1842, in Erw.: „daß, da das angefochtene O. G. Erkenntniß auf die von der Querulatin in der v. Instanz angebrachte N.-Beschwerde ertheilt worden ist, dasselbe auch dahier (beim O. A. Gerichte) nur einer Anfechtung wegen Nichtigkeit unterliegen und daher die ungeeigneter Weise, in eventueller Verbindung mit der N.-Beschwerde, eingeführte Appellation für die Beurtheilung keinen weiteren Umfang, als jene, darbieten kann."

11) N. Samml. a. a. O. S. 305 Not. 6, S. 306 Not. 7.

12) Knoth g. Margretenhaun, O. A. G. D. v. 1824. Dadurch wurde vom O. A. Gerichte erkannt, daß, wenn die in der Mittel-Instanz geltend gemachten Nichtigkeitsgründe in der höheren nicht wiederholt und dagegen andere neu vorgebracht worden seyen, die Beschwerde zurückgewiesen werden müsse, weil erstere nicht in der höheren, letztere nicht in der vorigen Instanz vorgebracht worden seyen; Möller g. Wenzel, 5/4 1834, enthält den Ausspruch: daß Nichtigkeiten, welche in der v. Instanz nicht vorgebracht worden sind, in der höheren Instanz nicht berücksichtigt werden können.

13) N. Samml. a. a. O. S. 306 Not. 2, 3, 4.

es keinen Unterschied, daß der Beschwerdeführer in dritter Instanz das Rechtsmittel ausdrücklich als Appellation bezeichnete; indem, wenn in zweiter Instanz nur auf die Nichtigkeits-Beschwerde erkannt war, ihr die Appellation in dritter Instanz nicht substituirt werden durfte, es also z. B. auf Fatalienwahrung in der letzteren nicht ankommt [14]).

2. Wenn in zweiter Instanz die Appellation, in dritter aber, z. B. wegen Mangels der Erwachsenheit, die Nichtigkeitsbeschwerde eingeführt wurde [15]). Jene dem Rechtsmittel in der Mittel-Instanz gegebene Ausdehnung steht der beschränkten Richtung desselben in der dritten nicht entgegen, wenn die in jener aufgestellten Appellations-Beschwerden, welche in dieser zur Begründung der Nichtigkeits-Beschwerde dienen sollen, das Erkenntniß erster Instanz wirklich als nichtig erscheinen lassen. Denn tritt dieser Fall ein, so gilt im Zweifel das Gleiche auch von der bestätigenden Entscheidung der Mittel-Instanz. Insonderheit kann hier, wo also die Beschwerdepuncte (oder Gegenstände) dieselben, wie die in der zweiten Instanz sind, von einer per saltum angebrachten Querel keine Rede seyn [16]). Der Erfolg ist vielmehr alsdann der, daß, wenn in der Mittel-Instanz eine daselbst angebrachte Appellation aus einem unzweifelhaften Nichtigkeitsgrund, z. B. aus einem mit dem Inhalte der Acten im Widerspruche stehenden, zurückgewiesen und diese Sentenz in dritter Instanz angefochten worden ist, hier vom Standpuncte des Appellationsrichters über die an das Obergericht gebrachte Appellation erkannt wird [17]).

B. Die Prüfung der in der Beschwerdenschrift geltend gemachten Nichtigkeiten richtet sich im Allgemeinen nach den für

14) Kreß g. Hartmann [6737] 27/4 1840; Schreel z. S. Pape g. S. [6595] 19/12 1840; Gem. Rumpenheim g. Forensen zu Bürgel [8540] 5/11 1842; Homberg. Sparcasse g. Wiessenberg [4275] 1857.

15) N. Samml. a. a. O., S. 305 Not. 3.

16) Daher wurde aus den im Text erwähnten Gründen die Nichtigkeits-Beschwerde vom O. A. Gericht als zulässiger Weise erhoben erachtet und in Beziehung auf das Materielle der Sache geprüft, Berns g. Wenz [8301] 18/2 1843.

17) Stift Fischbeck g. Struckmeier [1742] 1830; Hosp. Haina g. Renner [4858] 1839; Brill g. Heinemann [7817] 1842.

jeden der einzelnen Gründe geltenden Voraussetzungen in rechtlicher und nach den von dem Beschwerdeführer aus den Acten voriger Instanz entnommenen Verhältnissen in thatsächlicher Hinsicht. Hiernach gestattet demnach die nach erfolgter Einsicht der Acten wiederholte Prüfung eine umfassendere Würdigung, als diejenige seyn kann, welche auf den Grund nur des vorliegenden Beschwerdenlibells erfolgte. Als wesentlicher Anhaltspunct dient zwar hierbei der Inhalt der Entscheidungsgründe des Erkenntnisses [18]; es ist aber dabei nicht der einzelne Grund zum letzteren, sondern dieses selbst bestimmend; gerade dieses muß z. B. wider das Gesetz, die Acten rc. verstoßen [19]. Dies hat seine Bedeutung besonders in dem Falle, wenn der Sentenz mehrere Entscheidungsgründe vorangesetzt sind und der eine oder andere der richterlichen Reflexion anheimfällt, und solchergestalt der weitere, eine Nichtigkeit, z. B. eine Actenwidrigkeit, in sich begreifende Entscheidungsgrund beseitigt erscheint [20]. Wird also z. B. eine Einrede in einer actenwidrigen Unterstellung verworfen, es rechtfertigt sich aber dieser Ausspruch aus einem andern Grunde, so erscheint damit der Angriff wegen Nichtigkeit zerstört [21]; eben so wird eine unrichtige Annahme der Eidesweigerung dadurch unschädlich, daß die Sentenz auf andere Beweismittel als das eventuelle des Eides gestützt ist [22]. Daher kann demnach selbst ein Erkenntniß nicht annullirt werden, welches auf nichtige Gründe gestützt worden ist, vorausgesetzt nur, daß aus den Acten sich andere, der richterlichen Beurtheilung unterliegende, Gründe ergeben, bei deren Berücksichtigung man zu demselben Resultat gelangen kann, ohne nichtig zu urtheilen [23]. Werden in der Mittel-

---

18) Vergl. z. B. über den Fall, in dem es sich von einer Actenwidrigkeit handelt, die Entsch. in S. Jungheim g. Günste [6770] 6/11 1839.

19) Freudenstein g. Umbach [8902] 1843.

20) v. Biedenfeld g. Levi [1887] 26/1 1850.

21) Feldstein g. Wüster [1486] 26/8 1848.

22) v. Spiegel g. Zurwesten [4896] 1838.

23) Gerhardi g. G., O. A. G. D. v. 1830. In einem andern Falle, in welchem der die Entscheidung motivirende Grund ein auf Nichtigkeit abzielender war, prüfte das O. A. Gericht jene vom Standpunct des Appellations-Richters aus und wies, als es auf diesem Wege zu demselben Resultate gelangte,

Instanz nicht die sämmtlichen daselbst geltend gemachten Nichtigkeitsgründe beurtheilt, wird vielmehr einer derselben für hinlänglich erkannt, in dritter Instanz aber solcher verworfen, so geschieht dann dem Obergerichte die Auflage, über die von ihm noch nicht beurtheilten Gründe zu erkennen [24]). Weist das Untergericht auf den Grund einer von mehreren vorgeschützten Einreden eine Klage zurück, so hat das Obergericht, wenn es diesen Ausspruch als nichtig aufhebt, über die sonstigen Einreden selbst zu erkennen und es setzt sich, wenn es zum Zweck einer solchen Entscheidung die Sache an das Untergericht zurücksendet, einer begründeten Beschwerde über Justizverweigerung aus [25]).

C. Die Prüfung bezieht sich dann auch auf die in dem Beschwerden-Libell etwa enthaltenen neuen Ausführungen. In dieser Hinsicht besteht nun zwar für das Rechtsmittel der

---

die N.-Beschwerde zurück, Hosp. Haina g. Loderhose [4858] 1839, Stift Kaufungen g. Staudemeier, 1830. In einem andern Falle hatte das Untergericht aus zwei Gründen verurtheilt: 1. auf den eines Geständnisses in nicht, wie erforderlich, förmlich apponirten Acten, also actenwidrig; 2. auf den des stillschweigenden Geständnisses in den Prozeßacten, indem die Bestreitung der Forderung unterblieben war. In der an das O. A. Gericht ergriffenen N.-Beschwerde war nur der Grund unter 1. geltend gemacht worden; der zu 2. konnte es nicht werden, da durch die N.-Beschwerde dieser, eine Auslegung der Erklärung des Verklagten betreffende, Grund nicht zu beseitigen stand. Das O. A. Gericht stellte deshalb das vom O. Gericht aufgehobene U. G. Erkenntniß wieder her, in Erw.: „daß das O. Gericht, wenn es gleich beim ersten Grund des Unterrichters eine Gesetzwidrigkeit annahm, doch beim Bestehenbleiben des zweiten Grundes zur Annullation des verurtheilenden Erkenntnisses nicht gelangen konnte", v. Gehren g. Heck [6351] 21/9 1839; Landgr. Carl v. H. Barchf. g. Baum [6856] 28/11 1840, enthält den Ausspruch: daß, wenn ein Erkenntniß, gegen welches die N.-Beschwerde ergriffen worden ist, auf einer zwiefachen Grundlage beruht und nur in Beziehung auf die eine von diesen angefochten wird, schon um deswillen die Beschwerde zurückgewiesen werden muß, da, selbst im Falle der Nichtigkeit in Beziehung auf die eine Grundlage, die andere noch fortbestehen würde.

24) Es tritt also nicht etwa deren Beurtheilung in oberster Instanz, mit Uebergehung der mittleren, ein, Frankfurt-Hanauer Eisenbahn g. Pleuler [3755] 1854; dieselbe g. St. Hanau, 1855; Mencke g. Gros [4120] 1855; Schwieder g. Gros z. S. M. ꝛc. [4120] 1855; Homberg. Sparcasse g. Wießenbach [4775] 1857; Homburger g. Epstein [5693] 1860.

25) Heußer g. Rösser [5911] 1860.

Appellation die Befugniß des Appellanten neue Thatsachen und Beweismittel (das beneficium novorum) geltend zu machen und es ist für Hessen solche auch in der neuern Proceßgesetzgebung [26]) durch die Vorschrift anerkannt worden: daß neue Thatsachen und Beweismittel auch bei der in der Appellations-Instanz erfolgenden Entscheidung über die aufgestellten Beschwerden nur dann zu beachten sind, wenn sie, verbunden mit einem begründeten Restitutions-Gesuche, in der Appellations- oder Exceptions-Schrift vorgebracht werden. Indem rücksichtlich der Geschichte dieser Bestimmung in Hessen auf Bekanntes [27]) sich bezogen wird, ist hier nur darauf hinzuweisen, daß dieses Beneficium darauf beruht, daß nach dem bestehenden Proceßrechte in der Regel zweiseitige Verhandlungen in der Appellations-Instanz stattfinden und die dem appellabeln Erkenntnisse vorausgegangenen Bescheide und Decrete für den Appellations-Richter verbindende Kraft nicht mehr haben sollen [28]). Eben weil es sich aber rücksichtlich der Nichtigkeits-Beschwerde in der gedachten Hinsicht anders verhält, namentlich umgekehrt als Regel gilt, daß der Nichtigkeits-Proceß nicht eröffnet, zu einer zweiseitigen Verhandlung mithin nur ausnahmsweise Veranlassung dargeboten wird, hat man denn auch in der Praxis anerkannt, daß die Rechtswohlthat neuer Aus- und Beweis-Führung nur eine eigenthümliche Wirkung der Appellation und keineswegs auch bei der Nichtigkeits-Beschwerde in Anspruch zu nehmen sey, da sie deren rechtlicher Natur widerstreite [29]).

---

26) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 46; v. 2. Juli 1843 §. 4.

27) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 236—244.

28) Eben das. S. 240 fg.

29) Wie schon vor dem alleg. Gesetz vom 16. Sept. 1834 der Rechtssatz galt: es könne durch neues factisches Vorbringen eine N.-Beschwerde nicht gerechtfertigt werden, v. Schellersheim g. Lecco, O. A. G. D. v. 9/5 1827; Koch g. Sundheim, v. 12/5 1827; Schlitt g. Weinberg, 21/12 1831, — wurde dieß auch später vielfältig anerkannt: Bornscheuer g. Matthäi [3089] 1836, Schmincke g. Fisc. Pr. [3724] 1836; Galland g. Sippel [3931] 1836; v. Schenck z. S. Preuß. Rent. z. S. Wetzlar g. v. S. [3404] 18/3 1837; Meyer g. M. [4964] 9/2 1839; Ziegler g. Römer [4989] 12/10 1839; Israel g. v. Dallwigk [9093] 28/11 1843; Kirchhof g. Wolf [375] 3/3 1846. Daher hat man denn auch z. B. die in der v. Instanz unterbliebene und erst in letzter Instanz versuchte Bestreitung der Richtigkeit einer zur Nachweisung der Erwachsenheit einer Ap-

§. 34.

IV. Decret, Bescheid.

Die Entscheidung, welche in Folge der im Bisherigen erwähnten Prüfung des erhobenen Rechtsmittels, und zwar in Eisenbahn-Sachen binnen 14 Tagen [30]), erfolgen muß, ist, je nachdem solche auf einseitiges Vorbringen des Beschwerdeführers, oder nach stattgehabter Vernehmlassung dessen Gegners, ergeht, entweder die eines Decrets, oder die des Bescheids.

Durch jene insonderheit wird die Nichtigkeits-Beschwerde entweder zurückgewiesen, oder abändernd erkannt, und demnach ist also das Erkenntniß

1. ein Abschlagsdecret, wenn die Beschwerde zurückgewiesen wird und zwar:

a) als unbegründet (unerfindlich), wenn gar keine, oder als ungegründet, wenn ungenügende [31]) Gründe angegeben sind [32]);

b) als erledigt, z. B. wenn der frühere Mangel der Proceßlegitimation ergänzt [33]), oder die Voraussetzung, für welche die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben wurde, ausgefallen ist [34]);

c) als nicht zu berücksichtigen und darum stillschweigends zu übergehen alsdann namentlich, wenn eine Appellation

---

pellation vorgelegten Taxation als ein solches neues Vorbringen erachtet, das, wenn es auch zu einem Restitutions-Gesuche geeignet seyn sollte, keinenfalls eine N.-Beschwerde wider die obergerichtliche Entscheidung begründen könne, Theis g. Röder [5153] 23/10 1839. Vergl. des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 301. Daher wurde denn endlich auch der mit der N.-Beschwerde verbundene Antrag auf nochmalige Abhörung der Zeugen, als bei diesem Rechtsmittel unstatthaft, verworfen, Heinemann g. Naumann [9804] 28/1 1845.

30) Gesetz v. 2. Juli 1846 §. 20.

31) N. Samml. a. a. O. S. 307 Not. 2. 3.

32) z. B.: „wird — das der unerfindlichen Nichtigkeiten halber gethane Suchen zurückgewiesen", Schmidt g. St. Fulda [8631] 19/4 1843. Später ist die Formel „wird die N.-Beschwerde als unbegründet ꝛc. zurückgewiesen" regelmäßig gebraucht worden. — Sind mehrere N.-Gründe vorgebracht, ist aber nur einer derselben für ausreichend erklärt worden, so wird in der Dispositive, ohne des einen oder andern Grundes zu gedenken, das Erkenntniß v. Instanz schlechthin aufgehoben, Gundlach g. Ziegler [8349] 18/11 1843.

33) Gem. Weimar g. Zimmermann [7132] 6/2 1841.

34) Reuter g. Weber [7602] 4/4 1843.

mit einer materiell auf gleichem Grunde beruhenden Nichtigkeits-Beschwerde verbunden und die erstere als ungegründet zurückgewiesen war [35]), oder die specielle Ausführung eines Grundes für diese letztere ermangelte [36]).

Remonstrationen wider dergleichen zurückweisende Decrete sind unzulässig [37]).

2. Wird dagegen die Nichtigkeits-Beschwerde für begründet und demnach auf eine reformatorische Entscheidung erkannt, so tritt dann die Verschiedenheit der Form zwischen dem Decret und Bescheid hervor. Als Grundsatz gilt hier, wie früher schon angedeutet worden ist, daß das Gericht, welches also erkennt, den angefochtenen Bescheid resp. die diesem vorausgegangenen Bescheide oder Verfügungen in so weit beseitigen muß, als dieselben durch den für richtig erachteten Grund der Nullität berührt worden sind. Dasselbe versetzt sich also, wenn behauptet wird, daß in voriger Instanz, z. B. vom Obergerichte, eine Nichtigkeit begangen worden sey, auf den Standpunkt des letzteren und prüft in dem bezeichneten Fall', ob das Untergericht eine Nichtigkeit z. B. durch Verletzung gesetzlicher, oder auf das Wesen des betreffenden Processes sich beziehender, Vorschriften begangen habe, hebt daher, wenn es zur Verneinung dieser Frage gelangt, also etwa, wie im nachbezeichneten Falle, findet, daß vom Untergericht nur wider den Gerichtsgebrauch verstoßen worden sey, die Obergerichts-Entscheidung auf und erkennt auf Zurückweisung der vom Querulanten bei dem Obergerichte eingeführten Nichtigkeits-Beschwerde [38]). Für das Bestehen des Processes überhaupt hat dieses sehr verschiedene Bedeutung. Liegt z. B. der Grund der Nichtigkeit nur in dem durch die Beschwerde allein angefochtenen Bescheid auf den Haupteid, so beschränkt sich auch

---

35) Hanse g. Saame [8078] 8/10 1842.

36) Uloth g. Schönhals [7953] 16/11 1842; Eidam g. Rühl [178] 1/10 1845.

37) v. Spiegel g. Zurwesten [4896] 1838; Levita g. Müller [5082] 1839.

38) Jütte g. Harth [9316] 7/5 1844; Gundlach g. Ziegler [8349] 18/11 1843; Westheim g. Abterode israel. Synag.-Gem. [1696] 24/6 1850, in Erw.: „daß das höhere Gericht — auf den durch letztere (N.-Beschwerde) gegebenen Standpunct auch bei der Beurtheilung der Beschwerde gegen die O. G. Entscheidung beschränkt ist."

die Aufhebung auf diesen, bezieht sich jene auf die Beweisauflage, so wird eine andere an die Stelle gesetzt [39]); geht der deshalbige Angriff darauf, daß der Unterrichter sein eigenes Beweisinterlocut im Endsbescheid für unnöthig erklärt habe, so steht das über diese Nichtigkeits-Beschwerde erkennende Gericht auf den Standpunct, die jenem Vorbescheide gefolgten Verhandlungen prüfen zu müssen [40]); ergreift sie dagegen die Rechtsbeständigkeit der Klage, oder des dem Proceß zum Grund liegenden Antrags [41]), so bezieht sich die Aufhebung auch soweit, etwa unter Bezeichnung aller damit hinwegfallenden Bescheide

---

39) So ertheilt z. B. das O. A. Gericht das Erkenntniß, was, nach Lage der Sache, in 1. Instanz zu geben gewesen wäre: „wird, auf die N.-Beschwerde, unter Aufhebung des O. G. Decrets — erkannt: daß beide Theile den Eid vor Gefährde resp. den Schiedseid dahin abzulegen haben, daß ꝛc.", Schöffer g. Flohr [8047] 5/2 1842; — oder: „wird, auf die — mit Aufhebung ꝛc. dem Querulaten dahin, daß ihm von den Bürgermeistern der Gemeinde ꝛc. Namens der letzteren 2 Klaftern — Holz für — verkauft worden seyen, Beweis auferlegt, und mit Aussetzung des Erkenntnisses über den deferirten und acceptirten Eid, die Abhörung der vom Querulaten benannten Zeugen erkannt, worauf sodann weiter w. R. zu erkennen ist", Gem. Ronhausen g. Ruth [9844] 19/4 1845; „wird, mit Aufhebung des O. G. Bescheids — verordnet, daß, nach der zuvor vom Querulaten zu bewirkenden Beibringung einer Nachweisung über die Zustimmung des Gemeinde-Ausschusses zu seiner Proceßführung dem Querulaten der durch — zu erbringende Beweis — aufzulegen und hiernächst weiter w. R. zu erkennen sey", Wiegand g. St. Fulda [1180] 5/7 1848.

40) Gundlach g. Ziegler [8349] 18/11 1843, in Erw.: „daß in Folge dieser Nichtigkeit des unterrichterlichen Endsbescheids, soweit dadurch wider das Beweis-Interlocut verstoßen wird, das Erkenntniß über die Beweisantretung des Querulanten, welches der Unterrichter statt des Endsbescheids resp. das Obergericht statt des die N.-Beschwerde zurückweisenden Decrets zu geben gehabt hätte, in der gegenwärtigen Instanz zu ertheilen ist."

41) Fisc. Pr. g. Exter [797] 9/9 1843: „wird, auf die — eingebrachte N.-Beschwerde, unter Aufhebung der Remissorialen und des Bescheids des J. Amts — erkannt, daß der Querulat mit seiner bei letztgedachter Gerichtsstelle angebrachten Klage als vor diese nicht gehörig zurückzuweisen sey"; Fisc. Pr. g. Isenburg-B. [9435] 20/7 1844: „daß eine Provocation beim unrechten Gerichte angebracht worden sey"; Henning g. Mörs [1730] 23/3 1849: „wird, mit Aufhebung des O. G. Bescheids —, verordnet: daß dem Querulanten eine berichtigte Abschrift der Klage, insbesondere der Klaganlage, zur Erklärung bei Vermeidung des Rechtsnachtheils des Kostenersatzes, mitzutheilen und demnächst weiter w. R. zu erkennen sey."

und Verfügungen [42]); oder sie führt zurück auf Vervollständigung der Vernehmlassung auf die Klage (Liquidation) [43]); oder es wird in sonstiger Weise in dritter Instanz erkannt, was in zweiter auszusprechen gewesen wäre [44]). Ist die Nichtigkeits-Beschwerde auf mehrere Gründe gestützt, es wird aber nur einer derselben von dem oberen Gerichte als solcher erkannt, so

42) „Wird, mit Aufhebung des O. G. Bescheids — nebst allen demselben vorausgegangenen, und darauf gefolgten Erkenntnissen 1. Instanz, der gegen die Renterei J., als unrichtiger Verklagten, gerichtete Antrag der Querulaten zurückgewiesen", Fisc. Pr. g. Zehntpfl. zu D. [6658] 7/12 1839.

43) Als das O. Gericht gesetzwidrig erkannt hatte, wurde dessen Bescheid aufgehoben, das Amts-Erkenntniß ausgesetzt und verordnet: daß der Querulat vorerst auf die in 2. Instanz vom damaligen Appellanten unternommene specielle Begründung seiner Liquidation sich zu erklären habe und sodann weiter in der Sache w. R. zu erkennen sey", Salzmann g. S.'sche Mitgl. [3568] 14/9 1836; „wird, unter Aufhebung der Bescheide des O. Gerichts — und des J. Amts, — erkannt, daß zur vollständigen Vernehmlassung der Querulantin auf die Klage anderer Termin zu bestimmen und hiernächst in der Sache weiter w. R. zu erkennen sey", Bingel g. Gem. Ilschhausen [9041] 16/12 1845.

44) z. B. daß die vom Querulaten in v. Instanz eingeführte N.-Beschwerde als ungegründet zurückzuweisen sey, Freudenstein g. Umbach [8902] 29/7 1843; Wienecke g. Reese [361] 31/3 1846; Westermann g. Guillaume [9202] 7/2 1844; Boucsein g. Crepon [325] 1/4 1846: „daß zur Befolgung des Decrets — anderer Termin anzusetzen und sodann weiter in 1. Instanz w. R. zu erkennen sey"; Otto g. Schmidt [8144] 2/3 1842: „daß das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts nicht aus dem vom O. Gerichte angeführten Grunde zurückzuweisen, vielmehr auf dasselbe weiter rechtlich zu verfügen sey"; Cornill g. Weiß [9887] 25/4 1846. In diesem Fall ließ das U. Gericht den Antrag des Inhabers einer Handlung auf Fortsetzung des von seinem Vorgänger begonnenen Prozesses zu, indem es dafür hielt, daß die Handlungsfirma geklagt habe und daher jener Antrag von einer neu aufgetretenen Partei nicht ausgegangen sey. Dem entgegen nahm aber das O. Gericht dieß an und hob das U. G. Erkenntniß als nichtig auf, unter Zurückweisung des Antrags. Das O. A. Gericht dagegen billigte die Ansicht des U. Gerichts, in Erw.: „daß daher das O. Gericht durch die Annahme einer Nichtigkeit in dem Endsbescheide des U. Gerichts unzuständig erkannt, sonach selbst eine solche begangen hat, — wird, mit Aufhebung der Remissorialen — und Verurtheilung des Querulaten in die Kosten dieser Instanz die vom Querulaten wider den Bescheid des — Landgerichts — an das O. Gericht ergriffene N.-Beschwerde als ungegründet zurückgewiesen"; Simon g. Markheim [8797] 29/9 1845: „wird, auf die ꝛc., unter Aufhebung ꝛc., der Querulat mit Verurtheilung in die Kosten der drei Instanzen schuldig erkannt —."

findet dieß Ausdruck in der Dispositive der reformatorischen Entscheidung [45]).

Uebrigens kann die Abänderung, nach dem Umfang des Streits- resp. Beschwerde-Objects, auch eine nur theilweise seyn [46]).

Der Grund der Aufhebung der eine Nichtigkeit unrichtiger Weise annehmenden und eine andere Sentenz an die Stelle der unterrichterlichen setzenden Entscheidung der Mittel-Instanz liegt im Mangel der allein durch dies unzweifelhafte Vorhandenseyn einer Nichtigkeit begründeten Zuständigkeit, in der Ueberschreitung der Befugniß des erkennenden Gerichtes zur Ertheilung der gedachten Entscheidung [47]).

45) „wird, mit Zurückweisung der vom — eingeführten N.-Beschwerde im Uebrigen, das O. G. Decret vom —, insoweit dasselbe die in der Gemarkung der Gemeinde S. belegenen Grundstücke betrifft, als nichtig aufgehoben und der Antrag des Querulaten auf Ertheilung des Zuschlags hinsichtlich der erwähnten Grundstücke zurückgewiesen", Röder g. R. [9111] 5/10 1844.

46) Peter g. Eberhardt [7991] 14/6 1843. Es wurde hier eine N.-Beschwerde für begründet erklärt, weil das O. Gericht mehrere Compensations-Posten actenwidrig unbeachtet gelassen habe, andere dagegen nicht; hier wurde erkannt: „wird, unter Zurückweisung der vom — eingebrachten N.-Beschwerde, im Uebrigen zur 3. Beschwerde des Querulanten, unter theilweiser Nichtigsprechung des Bescheids — erkannt, daß der Gesammtbetrag der von dem Querulaten als richtig nachgegebenen Compens.-Posten — mit — von der Forderung des Querulaten ebenfalls abzusetzen und so die Verurtheilung des Querulanten auf — zu beschränken sey."

47) in Erw.: „daß — die vom Querulaten bei dem O. Gerichte angebrachte N.-Beschwerde für begründet nicht zu erachten ist und daher das O. Gericht durch die Berücksichtigung derselben und die demgemäß ausgesprochene Aufhebung des untergerichtlichen Erkenntnisses seine Befugnisse überschritten hat, wird, auf die — N.-Beschwerde, unter Aufhebung der Remissorialen des O. Gerichts — erkannt, daß die vom Querulaten bei dem O. Gerichte angebrachte N.-Beschwerde als ungegründet zurückzuweisen sey", Siebert g. Mauermann [8111] 2/3 1842; Gem. Imshausen g. v. Trott [7344] 2/4 1842; — in Erw.: „daß das O. Gericht auf das bei ihm eingeführte Rechtsmittel nur wegen einer in dem unterrichterlichen Erkenntnisse begangenen unheilbaren Nichtigkeit dasselbe aufzuheben und ein anderes an dessen Stelle zu setzen befugt war; — daß aber darin, daß ꝛc. eine Nichtigkeit nicht gefunden werden kann, da ꝛc. — daß daher die angefochtene Entscheidung als die Zuständigkeit des O. Gerichts überschreitend und deshalb nichtig aufgehoben werden muß (Wiederholung der Dispositive in dem ersten Citat dieser Note), Battefeld g. Schäfer [8168] 26/3 1842.

In Ansehung des Kostenpunctes gilt hier die Vorschrift, daß „bei einer in der höheren Instanz erfolgenden reformatorischen Entscheidung, auch wenn derselben die Erkennung der Processe nicht voran gegangen ist, nach Ermessen des Gerichtes, gegen den Appellaten oder Querulaten in den sonst dazu geeigneten Fällen die Verurtheilung in die Kosten der höheren Instanz ausgesprochen werden darf" [48]). Die richterliche Erwägung ist also hiernach entscheidend. Wurde in dem Decret (Bescheide) darüber sich nicht ausgesprochen, so ist damit anerkannt, daß die Kosten dem Querulaten nicht zur Last fallen, der Querulant sonach keinen Ausspruch auf Ersatz der durch die Auswirkung der abändernden Entscheidung von ihm gemachten Auslagen habe [49]). Uebrigens ist im Fall das Gericht voriger Instanz durch sein Erkenntniß unzweideutige, also klare gesetzliche Vorschriften, oder Grundregeln des Proceßrechts verletzt hat, eine, durch den Antrag der Partei nicht bedingte [50]), Verurtheilung desselben in die Kosten gerechtfertigt [51]).

Haben nun zweiseitige Verhandlungen über die Nichtigkeits-Beschwerde nicht stattgefunden, so erfolgt dann mit dem ertheilten Decret die Remission der Sache an das Gericht voriger

---

48) Gesetz v. 11. Aug. 1832 §. 3.

49) Vergl. hierüber: des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 208 fg.

50) Annal. Th. II. S. 704, O. A. G. Decr. v. 17/7 1841.

51) Sie wurde z. B. in oberster Instanz erkannt, als von einem U. Gerichte, ungeachtet mangelnden Ungehorsams, ein Contumacial-Erkenntniß gegen den Kläger wider den Antrag des Verklagten, der vielmehr mit Rücksicht auf einen im Repliktermin zu seiner Vertheidigung gelieferten Nachtrag um einen andern Termin zum Repliciren gebeten hatte, ertheilt war, Winter z. S. Frohnapfel g. Auth [2429] 3/2 1851; so wie in einem Fall, wo der Richter gegen die Substantialien eines Subhastations-Verfahrens verstoßen (vergl. des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 152 Not. 24), namentlich im Widerspruch mit dem Beweisinterlocute Endsbescheid ertheilt hatte; vergl. Annal. Th. II. S. 703. In der hier mitgetheilten Entscheidung des O. A. Gerichts zu Cassel v. 3/7 1841 wurde angenommen, daß in diesem Abgehen vom Beweisinterlocut „eine Verletzung der Grundregeln des Processes, mithin ein Verschulden höheren Grades liege, das durch die abweichende Auffassung des Inhalts der von seinem Amtsvorgänger zugelassenen Klage nicht beseitigt werden könne, da eine nochmalige Beurtheilung derselben durch das Beweisinterlocut ausgeschlossen gewesen sey." — Vergl. übrigens des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 114 fg.

Instanz zur weiteren Verfügung. Die für ordentliche Appellationen ergangene Vorschrift [52]), wonach eine Zurückweisung der in der Appellations-Instanz anhängigen Rechtsstreite im Falle Verhandlungen vorausgingen, nur erfolgen darf, wenn von dem oberen Gerichte eine endliche oder dieser gleich stehende Entscheidung ertheilt wurde, leidet daher auf die Nichtigkeits-Beschwerde keine Anwendung [53]).

§. 35.

V. Verhältniß der Nichtigkeits-Beschwerde zu andern Rechtsmitteln, insonderheit Cumulation der Appellation mit der einfachen Beschwerde.

Es fragt sich hier besonders: in wie weit die Nichtigkeits-Beschwerde mit andern Rechtsmitteln in Verbindung gebracht werden könne?

In Beziehung auf das nicht devolutive Rechtsmittel der Restitution ist bereits früher (S. 142 fg.) von der Cumulation desselben mit der Nichtigkeits-Beschwerde und dem Erfolge für die letztere die Rede gewesen und es ergiebt sich daraus, daß alsdann eine solche Vereinigung unzulässig erscheint, wenn mittelst des Restitutions-Gesuchs eine Aenderung der Grundlage des angefochtenen Erkenntnisses bezweckt wird [54]). Dieser Erfolg tritt also ein, wenn das Gesuch um Restitution in der vorigen Instanz angebracht, der Nichtigkeits-Beschwerde an die höhere Instanz vorausgegangen und eine Vereinigung der Begründung beider nach dem Zwecke des einen und andern Rechtsmittels ausgeschlossen ist [55]). Ist sodann nur die Nichtigkeits-Be-

---

52) Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 33.

53) Lazarus g. Barth [7960] 17/11 1841. Der Querulant hatte hier darüber sich beschwert, daß das O. Gericht die Sache remittirt und nicht selbst darin erkannt habe. Das O. A. Gericht wies aber die Beschwerde als ungegründet, wegen der im Text erwähnten Unanwendbarkeit des citirten §. 33, zurück.

54) Schumann g. Rothfuchs [7194] 13/10 1840.

55) Wäre dieß nicht der Fall, beruhten sie also auf verschiedenen Gründen dann würde die N.-Beschwerde nicht ausgeschlossen seyn, vielmehr in letzter Instanz, unter Aufhebung des dadurch angegriffenen Erkenntnisses der Mittel-Instanz, die Auflage erfolgen müssen, über die N.-Beschwerde noch w. R. zu

schwerde an die höhere Instanz erhoben und hier das Restitutions-Gesuch in eine eventuelle Verbindung damit gebracht worden, alsdann steht gleichfalls das letztere, als mit jenem unvereinbar, nicht zu berücksichtigen [56]).

Was sodann die Cumulation der Nichtigkeits-Beschwerde mit andern und zwar devolutiven Rechtsmitteln betrifft, so bezieht sich dies zunächst

I. auf die Appellation. Beide, Nichtigkeits-Beschwerde und Appellation, sollten zur Verhütung des Verzugs, welcher durch die „zweyfältige Rechtfertigung" bei successiver Folge entstanden war, reichsgesetzlicher Bestimmung [57]) gemäß, vereinigt werden, dergestalt „daß die Nichtigkeit voriger Rechtfertigung oder gesprochener Urtheil samt der Klag auf die Iniquität alternative und mit einander gleich einzubringen und nicht ehe, als bis jene nicht begründet befunden, auf die Klag der Iniquität und Ungerechtigkeit des vorigen Rechtsspruchs zu urtheilen sey." Es ist indeß bereits früher bemerkt worden, daß nach der in Hessen namentlich bestehenden Praxis aus dem Grunde der Prüfung der Appellation früher als der der Nichtigkeits-Beschwerde sich unterzogen wird, weil, unter Voraussetzung der Identität der Begründung beider Rechtsmittel, die Beurtheilung der Nichtigkeit überflüssig wird, wenn bereits vom Standpunkte des Appellations-Richters aus die Beschwerde für begründet oder unbegründet erachtet wurde. Deshalb wird denn namentlich in dem Fall, wenn die Appellation für erledigt oder unbegründet befunden wird, die Nichtigkeits-Beschwerde für ausgeschlossen gehalten, sofern sie im Wesentlichen auf derselben materiellen Grundlage wie die Appellation beruht und rücksichtlich der Nichtigkeits-Gründe durch das Erkenntniß über jene entschieden

---

erkennen, Koch g. Stoffel [4973] 29/8 1838. — Vergl. übrigens des Verf.'s N. Samml. Th. IV. Abth. 2 S. 415.

56) Heckmann g. Wilkens [8372] 18/3 1840, in Erw.: „daß das eventuell dahier angebrachte Restit.-Gesuch in keinen Betracht kommen kann, da durch das" (allein eingeführte) „Rechtsmittel der N.-Beschwerde die hiesige Competenz nur für die Cognition darüber begründet wird, ob Querulant in der v. Instanz durch eine begangene Nichtigkeit eine Verletzung erlitten hat."

57) K. G. Ordn. v. 1555 Th. 3 Tit. 34 §. 1; Conc. d. K. G. O. v. 1613 Th. 3 Tit. 40 §. 1; K. G. O. v. 1523 Tit. 5 §. 6; v. 1521 Tit. 21.

worden ist [58]). Haben dagegen entweder beide Rechtsmittel eine verschiedene Begründung erhalten, oder ist das nicht devolutive Rechtsmittel aus dem Grund der l. 42 D. de minor. (4, 4), neben der Nichtigkeits-Beschwerde, ergriffen, oder ist die vorausgegangene Appellation nicht als ungegründet, sondern als unstatthaft zurückgewiesen worden, so wird dann die resp. successive Geltendmachung beider Rechtsmittel nicht für unzulässig erachtet [59]).

Hiernach gelten dann im Näheren kürzlich folgende Grundsätze:

1. Es ist in der Regel unzulässig, im Fall der wirklich erfolgten [60]) Cumulation beider Rechtsmittel, die Nichtigkeits-Beschwerde vor der Appellation zu entscheiden [61]).

2. Die in materieller Hinsicht von der Appellation nicht abweichende Nichtigkeits-Beschwerde kommt jedoch vornämlich, hier aber auch vorzugsweise, bei der Beurtheilung in Betracht, wenn jene Beschwerde auf einem Mangel an den Formalien beruht [62]).

---

58) Seuffert's Archiv B. III Nr. 241 (S. 257), Erk. d. O. A. G. zu Lübeck v. 23/5 1850: „Wenn diejenigen Puncte, welche bei einer N.-Beschwerde als Nullitäten geltend gemacht worden, ebenfalls Gegenstand der Appell.-Beschwerden sind, so erledigen sich dieselben durch Verwerfung in letzterer Eigenschaft. Denn insofern die gegen das erstinstanzliche Verfahren vorgebrachten Ausstellungen als Appell.-Beschwerden verworfen, mithin gänzlich, selbst in Betreff der Iniquität, für ungegründet erkannt sind, folgt hieraus ohne Weiteres, daß sie noch weniger eine Nichtigkeit begründen können." Vergl. des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 412.

59) Ebendas. S. 413.

60) Hätte der Beschwerdeführer nur als Nichtigkeitsquerel die Beschwerde geltend gemacht, so hat es bei deren Prüfung sein Verbleiben, und der Richter nicht zu unterstellen, daß er jene auch als Appell.-Beschwerde, oder beide Rechtsmittel neben einander habe geltend machen wollen, Kreisler g. Lion [7507] 1843.

61) Trußheim g. Vezin [8539] 24/2 1844, in Erw.: „daß die Bitte des Appellanten, seine N.-Beschwerde zunächst und eventuell erst seine Appellations-Beschwerden zu beurtheilen, schon nach der weiter gehenden Richtung der ersten Appell.-Beschwerde als völlig unpassend erscheint; — daß aber diese Beschwerde zufolge der nicht widerlegten Entscheidungsgründe des O. Gerichts zu verwerfen ist."

62) Schnabel z. S. Katten g. S. [7554] 6/2 1841; Sengelaub g. Gem. Mengsberg [9443] 22/12 1847. In diesem letzteren Falle wurde angenommen, daß die Prüfung der Nichtigkeits-Beschwerde, welche die Proceß-Legitimation betrifft, der Prüfung der in das Materielle der Sache eingehenden, wenn auch gegründeten, Beschwerde vorausgehen müsse.

3. Sobald, was die Regel betrifft, ein im Wege devolutiver Rechtsmittel anfechtbares Erkenntniß ertheilt worden ist, sind, um jene namentlich als Appellation zu qualificiren, deren Förmlichkeiten zu wahren; unterbleibt dieß, dann kann das Rechtsmittel nur unter dem Gesichtspunct der Nichtigkeits-Beschwerde eingeführt und beurtheilt werden [63]).

4. Wird die mit der letzteren verbundene Appellation für unbegründet erklärt, so beschränkt sich der Ausspruch des oberen Gerichts auf die Appellation und der Mangel der Förmlichkeit in Ansehung der Nichtigkeits-Beschwerde, wie diese selbst, wird nunmehr übergangen, oder für erledigt erkannt [64]).

5. Ist bereits ein Erkenntniß mit der Appellation angefochten, dieselbe zurückgewiesen, oder die Sentenz bestätigt worden, so findet hinterher eine auf denselben Grund gestützte Nichtigkeits-Beschwerde nicht mehr statt [65]).

---

63) Schmidt g. s. Ehefr. [9051] 23/3 1844.

64) Hanse g. Saame [8078] 8/10 1842; Uloth g. Schönhals [7953] 16/11 1842. In diesem letzteren Fall waren beide erwähnten Rechtsmittel cumulirt worden; das O. A. Gericht verwarf die Appellation als ungegründet und überging die N.-Beschwerde stillschweigend in der Dispositive des Decrets, rügte aber in den Entscheidungsgründen, „daß wegen mangelnder Darlegung eines Grundes für die Nichtigkeit der angefochtenen Decrete die N.-Beschwerde nicht zu berücksichtigen sey." Es versteht sich das schon von selbst, wenn in der Beschwerdenschrift ausdrücklich nur für den Fall, daß nicht auf die daneben ausgeführte Appellation eine günstige Entscheidung ertheilt werden würde, die N.-Beschwerde angebracht worden ist, Reuter g. Weber [7602] 4/4 1843; Sommerhoff g. Köberich [9352] 7/9 1844, in Erw.: „daß, da sämmtliche vom Appellanten gegen die angefochtene O. G. Entscheidung vorgebrachten Appell.-Beschwerden sich als ungegründet darstellen, es einer weiteren besonderen Beurtheilung derselben zu ihrer zugleich bezeichneten Eigenschaft als N.-Beschwerden nicht bedarf"; Stirn g. St. [541] 2/11 1847; Zanger g. Schmidt [5794] 14/4 1860, in Erw.: „daß bei der geschehenen Wahrung der Formalien der Appellation es auf die gesonderte Aufstellung von N.-Beschwerden nicht ankommt, da dieselben schon unter dem Gesichtspuncte von Appell.-Beschwerden Berücksichtigung zu finden haben werden."

65) So wurde erkannt: daß die Appellation der später erhobenen N.-Beschwerde nur in so weit hinderlich erscheine, als letztere auf dieselben Gründe gestützt worden, worauf die erstere gegründet war, Schießer g. Buchenröder, O. A. G. D. v. 1827; Kollmann g. Schröder, 1828; so wie: daß die N.-Beschwerde, nachdem bereits das Rechtsmittel der Revision ergriffen sey, gegen dasselbe Erkenntniß nicht mehr zulässig, Curth g. Thöne, O. A. G. D. v. 15/8

6. Wird ein Erkenntniß in Folge der Appellation und nach stattgefundener Vernehmlassung darauf hinsichtlich einiger Puncte abgeändert, im Uebrigen aber bestätigt, so stellt sich die Nichtigkeits-Beschwerde des appellatischen Theils an das Gericht, von welchem dies letztere gemischte Urtheil erging, als unzulässig dar [66]).

7. Wird in Folge der Einführung beider Rechtsmittel in der Mittel-Instanz nur über die Appellation erkannt, so findet in Ansehung der Aussetzung des Erkenntnisses rücksichtlich der Nichtigkeits-Querel keine Beschwerde statt, vielmehr muß hier die Ertheilung der zurückstehenden Entscheidung in der Mittel-Instanz sollicitirt werden [67]).

8. Der Geltendmachung der Appellation von dem einen und der Nichtigkeits-Beschwerde vom andern Theile steht an sich nichts entgegen [68]).

9. Was in Ansehung der Zulässigkeit der Verbindung der Judicial-Appellation mit der Nichtigkeits-Beschwerde unter 1—4 erwähnt worden ist, leidet auch alsdann auf die Cumulation der letzteren mit der Extrajudicial-Appellation Anwendung, wenn beide Rechtsmittel gegen ein und dasselbe Erkenntniß gerichtet wurden [69]).

1821; und daß ein Gleiches anzunehmen sey, wenn gegen ein Contumacial-Erkenntniß appellirt und dasselbe nur aus materiellen Gründen angefochten wäre, indem dieß eine Genehmigung des Verfahrens in formeller Hinsicht und die Anerkennung, daß eine Contumacia wirklich stattgefunden habe, enthalte, Schäfer g. S., O. A. G. 14/2 1827; Schödde g. Müldner [4091] 23/11 1836, wodurch erkannt wurde, daß, wenn auf eine Appellation bereits ein Erkenntniß der höchsten Instanz ertheilt worden sey, eine nachher zur Hand genommene, im Wesentlichen auf derselben Grundlage beruhende N.-Beschwerde als unstatthaft sich darstelle; Euler g. Fisc. Pr. [9199] 1844; Annal. VII. 706.

66) Der Grund ist: weil das letztere Gericht, indem es bei seiner Entscheidung das jetzt als nichtig angefochtene, der Sentenz des Richters v. Instanz zum Grunde liegende, Verfahren als giltig voraussetzte, nicht befugt ist, durch Beurtheilung der erhobenen N.-Beschwerde über die Richtigkeit seines eigenen früheren Erkenntnisses zu entscheiden, Stadt Steinau g. Pauli [6055] 1/6 1839.

67) Kranz g. Bachmann [7804] 10/7 1841.

68) Ein Fall der Art kam vor in S. Gem. Braach g. Stückradt [7568] 26/11 1832, worauf beide Rechtsmittel durch verschiedene Decrete zurückgewiesen wurden.

69) Balzer g. Vogel [8424] 22/2 1843.

II. Auch eine Verbindung der Nichtigkeits-Beschwerde mit der einfachen Beschwerde kommt nicht selten vor. Rücksichtlich der letztern wird unterschieden zwischen der einfachen Beschwerde im Allgemeinen und der Justizverweigerungs-Beschwerde insbesondere. Beide Rechtsmittel beziehen sich auf Verfügungen, wodurch, kraft richterlicher Amtspflicht, ein Gegenstand des Rechtsstreits festgestellt wird; beide gehen nur wider den Richter; beide stehen endlich außer Beziehung zu einem vermittelst derselben abzuändernden streitigen Rechtsverhältniß zur Gegenpartei und erfordern deßhalb die Wahrung der Appellations-Formalien nicht.

1. Im Falle der Richter durch eine positive Thätigkeit Veranlassung zu einer solchen Beschwerde gibt, z. B. einen Stempel festsetzt, eine Partei zum Güteversuch vor sich laden, oder disciplinarische Verfügungen, insonderheit Ahndungen, ergehen läßt ꝛc., wird eine Beschwerde an den höheren Richter zugelassen, vorausgesetzt: einmal, daß jene Verfügung nicht das Verhältniß der Parteien zu einander betrifft [70]) und sodann, daß der beschwerdeführende Theil bei dieser Anfechtung ein Interesse hat, wie z. B. der Anwalt, wenn er über die Ermäßigung der seiner Partei zuerkannten Kosten sich beschwert [71]).

2. In sofern dagegen der Richter nur eine ablehnende, die weitere Geltendmachung eines Anspruchs hindernde richterliche Verfügung ertheilt, und dergestalt die Justiz verweigert, erscheint die auf diese Ablehnung gestützte Beschwerde gegeben.

Wenn gleich nun durch die einfache Beschwerde in dieser doppelten Richtung ein von dem der Nichtigkeits-Beschwerde

---

70) Bachmann g. v. Bischofshausen [8680] 1/3 1843; dadurch wurde die wegen angeblicher Incompetenz eines Untergerichts erhobene einfache Beschwerde, im Gegensatz zur Appellation und N.-Beschwerde, aus obigem Grund für ausgeschlossen erklärt; Krewel'sch. Cur. [3987] 5/12 1840; danach wurde die Beschwerde des Concurs-Curators darüber, daß das Concursgericht eine von ihm, durch Ankauf von Masseobjecten, contrahirte Masseschuld im Wege der einfachen Beitreibung erheben wolle, nicht als eine einfache Beschwerde aufgefaßt, sondern angenommen, daß solche nur aus dem Gesichtspunct der Nichtigkeits-Querel zu beurtheilen sey.

71) Vergl. über das Nähere: des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 310 fg.

verschiedener Zweck verfolgt wird, so hat man doch, ähnlich wie bei der Verbindung der Appellation mit der letzteren, wovon dasselbe gilt, eine Cumulation für zulässig erachtet [72]) und es hat dies um so weniger einen Anstand, als sie, der rechtlichen Natur jedes von beiden Rechtsmitteln zufolge, in einem eventuellen Verhältnisse zu einander stehen, dergestalt, daß, wenn sich bei Prüfung des zwiefachen Vorbringens herausstellt, es sey die Justiz nicht verweigert, sondern gewährt worden, es unbedenklich, ja selbst zweckmäßig erscheint, daß der obere Richter durch jene Verbindung alsbald in die Lage gesetzt wird, prüfen und entscheiden zu können, in wiefern der Richter voriger Instanz durch die Art und Weise, wie er Justiz gewährte, nichtig entschieden habe oder nicht. Die durch successive Anbringung beider Rechtsmittel entstehenden Weiterungen werden jedenfalls dadurch vermieden. Dem entsprechend werden denn auch, der Praxis zufolge, beide Rechtsmittel mit Berücksichtigung jenes eventuellen Verhältnisses beurtheilt [73]).

---

72) Rau g. Cartheuser [7833] 26/8 1843. Hier war die Beschwerde über Verweigerung der Justiz mit der über Richtigkeit verbunden worden.

73) Schäfer z. S. S. g. Schaumburg [6830 a] 11/2 1840. Dadurch wurde entschieden, daß, da die Beschwerde über Justizverweigerung das dem Querulanten günstigere Rechtsmittel abgebe, die damit verbundene N.-Beschwerde in dem auf jene ertheilten zurückweisenden Decrete zu übergehen sey.

Vierte Abtheilung.

Die Nichtigkeits-Gründe nach dem materiellen Rechte und den Arten und Abschnitten des Processes.

Kapitel I.

§. 36.

Die Substantialien des Processes überhaupt, nach Maaßgabe der Vorschriften des J. R. A.

Wenn man nach dem Bisherigen als das, mit dem Resultate der hessischen Praxis im Einklang stehende, Ergebniß der Geschichte des gemeinen Proceßrechts den Satz aufstellen kann, daß nicht einzelne abgeschlossene Proceßacte es sind, deren Mangel als unheilbar zu betrachten ist, sondern daß vielmehr das zu einem processualischen Verfahren wesentlich Gehörige dahin zu rechnen sey [74]), zu solchen Substantialien des letzteren, im Gegensatz zu bloßen Ordnungswidrigkeiten [75]), aber nur diejenigen processualischen Grundformen zu rechnen sind, welche sich als solche positiv, wissenschaftlich, durch die Praxis, aufstellen lassen und der letzteren vornämlich es überlassen bleiben muß, in den einzelnen Arten des processualischen Verfahrens, insonderheit für die verschiedenen Stadien eines jeden im Näheren,

---

74) Wetzell, System rc. §. 60 S. 647.

75) d. h. Verstößen wider das durch das Gesetz oder den Gerichtsstyl Vorgeschriebene, die aber das Wesen des Verfahrens nicht berühren und nur zu amtlichem disciplinarischen Einschreiten wider das untergebene Gericht, z. B. durch Erlassung von Official-Rescripten, Veranlassung geben, Trepp g. Epstein [150] 18/12 1847.

diese Feststellung nachzuweisen, — so wird damit der Standpunct bezeichnet, welcher bei der nun folgenden praktischen Ausführung einzunehmen war. Indem dabei der Gerichtsgebrauch eines einzelnen Theiles des deutschen Vaterlandes vornämlich zum Grunde gelegt wurde, so gilt hier die schon in dem Bisherigen dargelegte Bemerkung, daß derselbe nur wenig Sonderthümliches darbietet, indem in der hessischen Gesetzgebung ausdrücklich auf das gemeine Proceßrecht, insonderheit auf den J. R. A. hingewiesen ist[76]. Die Praxis, insonderheit die des obersten Gerichtes dieses Landes hat sich denn auch, nachdem von ihr einmal, wie früher (S. 107 fg.) erwähnt wurde, jener

---

76) Sammt=Hofgerichts=Ordn. v. 5. May 1673 Tit. 10 §. 4: „Und ob wir es wohl, als viel die requisita eines gerichtlichen Processes belangt, bey demjenigen was die Rechten und übliche Praxis mit sich bringt, bewenden lassen, und gern sehen möchten, daß derselbig allenthalben, so wohl an unsern Untergerichten, als sonsten jedesmahl richtig gehalten würde, jedoch und weil ein solches an einem jeden Gericht in's Werk zu richten nicht wohl müglich ist, zu deme auch die gerichtliche Proceß, ob schon nicht alle Solennitäten, so von den beschriebenen Rechten erfordert, darin gehalten, doch darumb nicht allemahl in Rechten, als nichtig, cassirt, sondern, vermög der Reichs=Ordnung und fast aller hohen Gerichten üblichen Practic eine solche Nichtigkeit, so den natürlichen Rechten zugegen, oder dardurch den Parthеyen eine unwiederbringliche Beschwehrung in der Hauptsache zugefügt wäre, und was dergleichen Ursachen mehr seynd, zu dem Ende, daß die Proceß also cassirt werden mögen, vorhanden seyn sollen; demnach so sollen die Advocaten und Procuratoren in ihren Processen, bevorab, wan sie die Nichtigkeit incidenter und beneben der Appellation außführen wollen, sich angeregter Reichs=Ordnung und fast allgemeiner Practic gemäß erzeigen, und wan keine solche erhebliche Ursach zur Nichtigkeit vorhanden, und die merita causae sonsten ex actis genugsam zu vernehmen wären, mit den andern unnöthigen Disputationen, soviel der beschriebenen Rechten Solenniteten und Zierlichkeiten anlangt, wie von etzlichen zu Zeiten geschieht, die Sache nicht weiter anfhalten, noch die Parthеyen damit in vergebliche Unkosten zu führen, sich unterstehen." — Nach der O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746 Tit. 3 §. 1 sollen an dieses Gericht nur alle diejenigen Rechtsstreitigkeiten und Processe gehören, „welche entweder per — seu Querelam nullitatis dahin gebracht werden", woneben im §. 2 eben daselbst bestimmt ist, daß die Eigenschaft der angefochtenen Entscheidung als einer „unheilbar nichtigen" das Vorhandenseyn der Appellations=Summe überflüssig mache; vergl. Verordn. v. 29. Juni 1821 §. 38; wohingegen Beschwerden über heilbare Nichtigkeiten als mit der Appellations=Beschwerde zusammenfallend erachtet werden, des Verf.'s N. Samml. v. O. A. G. Entsch. Th. I S. 71.

eigenthümliche Standpunct, dem J. R. A. gegenüber, eingenommen worden war, mit einzelnen Modificationen dem im Eingange dieses §. angedeuteten Princip des gemeinen Proceßrechts entsprechend ausgebildet. Und daher ist solche für die Gerichte des Landes und zwar um so mehr für normativ zu halten, als mit der Gründung des jetzt bestehenden O. A. Gerichts die allgemeine Weisung[77]) des Landesherrn ergangen war, daß, „damit aller Ungleichheit in Entscheidung der Rechtssachen vorgebogen, und so viel nur immer möglich ein Jus certum eingeführt werden möge, diejenigen Meynungen welche bey denen Rechtsgelehrten ganz streitig und ob und wieweit solche in unsern Landen approbiret und angenommen sind, mit Fleiß colligiret und angemerkt, auch so lange und viel, bis wir selbst ein anderes verordnen zum Grund genommen werden sollen." Bei allen Zugeständnissen, welche man im Interesse einer restrictiven Auslegung dieser Vorschrift zu machen sich veranlaßt finden könnte [78]), wird man doch das Gebiet, welches durch die von der Nichtigkeits-Beschwerde geltenden Grundsätze beherrscht wird, vor einer rücksichtlich der letztern drohenden Gefahr laxer Ansichten deshalb für gesichert erachten dürfen, weil einestheils in dem obersten Gerichte Hessens zu allen Zeiten seines Bestehens die hohe Wichtigkeit jenes gesetzgeberischen Ausspruchs im wohlverstandenen Interesse der Rechtssuchenden, wie des außerdem nur zu sehr gefährdeten Ansehens des Gerichtes selbst anerkannt und bezeugt worden ist; anderntheils aber auch der Umstand nicht ohne Einfluß bleiben konnte, daß die in Vergleichung mit beinahe sämmtlichen übrigen deutschen obersten Gerichten höchst exceptionelle Stellung des hessischen Ober-Appellations-Gerichts, wonach wider dessen eigene Urtheile Nichtigkeits-Beschwerde nicht erhoben

77) O. A. G. Ordn. v. 26. Febr. 1746 Tit. 5 §. 13.

78) Vergl. darüber: des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 98 fg. Daß in dieser Hinsicht namentlich für processualische Fragen eine größere Freiheit rücksichtlich der Beobachtung der oberinstanzlichen Entscheidungen sich rechtfertigen lasse, ist nicht abzusehen, da der im Text angegebene Grund des Gesetzgebers für jene Weisung einen solchen Unterschied zwischen formellen und materiellen Streitfragen nicht macht, ein innerer Grund aber ebenso wenig ersichtlich ist, da der Ausgang eines Rechtsstreits eben so oft von der Entscheidung jener, als von der der letzteren abhängen wird.

werden kann, ein leichteres Abgehen namentlich auch von den Proceß betreffenden Entscheidungen um so bedenklicher erscheinen lassen würde.

Ehe nun zu den nachfolgenden speciellen Ausführungen über die einzelnen Gründe der Nichtigkeit, wie sie in dem Proceß in den einzelnen Stadien seines Verlaufs und seiner verschieschiedenen Arten, der Praxis zufolge, beobachtet worden sind, übergegangen wird, möge, zum Zweck der Uebersicht, eine allgemeine Angabe der Hauptgesichtspunkte vorausgehen.

Man unterscheidet nach dem früher Ausgeführten die heilbaren von den unheilbaren Nichtigkeiten. Jene unterliegen derselben Beurtheilung wie die Appellations-Beschwerden und sind darum auch an die Wahrung der Fatalien ꝛc. gebunden. Diese sind entweder solche, welche durch Handlungen des Gegners des Querulanten, durch Anerkennung der als nichtig angefochtenen richterlichen Entscheidung, sanirt [79]), oder solche, welche nicht geheilt werden können [80]).

Sodann aber ist in Beziehung auf diejenigen Mängel, welche auf das Verfahren, einschließlich des Urtheils, sich beziehen, an die schon vor dem J. R. A. ergangene reichsgesetzliche [81]) Vorschrift, daß wegen bloßer Unförmlichkeit des Verfahrens der Proceß nicht cassirt werden soll, wofern durch dieselbe der Partei in der Hauptsache kein unwiderbringlich Unrecht geschehen sey, — welche nicht lange nach dem J. R. A. für Hessen

---

79) Dahin gehört z. B. der vom Gericht unberücksichtigt gebliebene Mangel der Vorladung des Gegners des Schwurpflichtigen zum Schwörungstermine, die Eidesabnahme durch ein darum nicht ersuchtes Gericht, Werner g. v. Eschwege [4245] 13/6 1838; ehedem: die Versagung des Vorbehalts bessern Beweises, Soldan g. Lucas [4574] 1832.

80) Dahin ist zu rechnen: der Verstoß gegen klares Gesetz, Widal g. Gans, 1/12 1819; die Einleitung eines processualischen Verfahrens in Streitigkeiten über Meier-Successions-Fälle, worüber nach der Schaumburg. Meier-Ordn. ein besonderes Untersuchungs-Verfahren eingeleitet werden soll, Reese g. R. [1519] 18/2 1829; die Abwesenheit des Richters bei Verhandlung des Bagatell-Processes, Flor g. Krank [2017] 26/11 1849; die ungerechtfertigte Vollziehung eines Special-Rechtsnachtheils, als Versagung des rechtlichen Gehörs, Witzel g. v. Baumbach [2038] 27/11 1849.

81) K. G. O. v. 1521 Tit. 21 §. 1; v. 1523 Tit. 5 §. 6; v. 1555 Th. 3 Tit. 34 §. 1.

besonders durch Erforderung einer „unwiederbringlichen Beschwehrung in der Hauptsache“ [82]) speciell eingeschärft wurde, zu erinnern. Sie bezieht sich also auf die äußerlichen Solennitäten [83]), auf die Leitung des Processes, Zulassung oder Verwerfung vorgeschützter Vertheidigungsmittel [84]). Während ehedem Mängel und Verstöße dieser Art die Folge der Nichtigkeit hatten, sollte nunmehr die amtliche Befugniß des Richters, Handlungen ohne materielle praktische Bedeutung abzuschneiden, überhaupt Ueberflüssiges zu vermeiden, durch jene nachtheilige Wirkung unter der Voraussetzung nicht ferner beengt seyn, der Proceß also als zu Recht beständig aufrecht erhalten bleiben, daß der Partei in Beziehung auf den Erfolg der Verhandlungen durch Verstöße der angedeuteten Art kein Nachtheil [85]), d. h. kein unwiderbringlicher, auf dem Wege der Appellation nicht zu beseitigender, zugefügt war.

Dies vorausgeschickt, sind nun die näheren Voraussetzungen, unter denen Nichtigkeiten wegen processualischer Verstöße in Hessen angenommen werden, die folgenden:

1. Zunächst wird der Mangel *wesentlicher* Erfordernisse des Processes unterstellt [86]).

2. Beim Vorhandenseyn des unter 1. gedachten Requisits kommt es so wenig darauf: ob die nicht befolgten processualischen Grundsätze auf dem geschriebenen Rechte, oder auf wohl-

---

82) *Sammt-Hofger.-Ordn.* v. 1673 Tit. 10 §. 4.

83) z. B. die körperliche Haltung des Richters bei der Verkündigung des Urtheils.

84) z. B. von Beweismitteln, die an sich zulässig &c. sind.

85) z. B. dem Producten, welchem unnöthiger Weise Gegenbeweis nicht nachgelassen war, alsdann, wenn der Beweis für geführt nicht anzunehmen steht.

86) Seip g. Vollmar [2753] 9/2 1839; Kersting z. S. Rödde g. Gocke [755] 24/11 1846, in Erw.: „daß — die Nichtbeachtung einer processualischen Vorschrift nicht schlechthin, sondern nur dann eine Nichtigkeit zur Folge hat, wenn dieselbe *wesentliche* Bestandtheile des Processes betrifft, — und dieses in Ansehung der Frage nicht der Fall ist, ob eine Sache in dem schriftlichen, oder in dem für minderwichtige Rechtsstreitigkeiten vorgeschriebenen mündlichen Verfahren zu verhandeln sey“; Austermühle g. Ebert [610] 10/11 1846, in Erw.: „daß — die Nichtbefolgung einer processualischen Gesetzesvorschrift eine N.-Beschwerde *im Allgemeinen* nicht begründet.“ — Das Vorhandenseyn der im Text angedeuteten Voraussetzung darf namentlich nicht in Folge einer späteren gesetzlichen Vorschrift aufgehört haben, Trepp g. Epstein [150] 18/12 1847.

begründetem ungeschriebenem, z. B. auf Observanz, beruhen[87]), als

3. darauf an: ob im ersteren Falle die gesetzliche Vorschrift und deren Anwendung auf den vorliegenden Fall völlig klar und unzweifelhaft ist[88]).

4. Daher kann die sonst geltende Regel, daß eine aus richterlicher Reflexion hervorgegangene Entscheidung nicht mit der Nichtigkeits-Beschwerde anzugreifen stehe, auf solche Fälle, in denen es sich um wesentliche processualische Erfordernisse handelt, wie z. B. bei der Proceßlegitimation, nicht ausgedehnt werden; vielmehr ist hier nur der Umstand entscheidend, ob der Mangel als ein wesentlicher in Betracht kommt[89]).

Hiernach werden nunmehr die im Nachfolgenden zu erörternden Fragen zu prüfen seyn, inwieweit nämlich durch richterliche Entscheidungen Nichtigkeiten begangen werden durch Nichtbeachtung der processualischen resp. das materielle Recht betreffenden Grundsätze, welche sich beziehen:

I. Ueberhaupt:

A. Im ordentlichen Processe:

---

87) Puth g. Koch, O. A. G. D. v. 23/6 1830.

88) Trepp g. Eppstein [150] 18/12 1847, in Erw.: „daß — es zwar, wenn die angeblich verletzte processualische Vorschrift einen wesentlichen Bestandtheil des Processes beträfe, zur Begründung einer deshalbigen N.-Beschwerde nicht auf größere, oder geringere Klarheit der betr. gesetzlichen Bestimmung, sondern nur darauf, ob dieselbe verletzt worden, ankommen würde; — eine solche Verletzung aber — nicht vorliegt rc."; Flor g. Krank [2017] 26/11 1849, in Erw.: „daß — da es sich" (in einem Falle, wo von dem Mangel der Anwesenheit des Richters im Verhandlungstermin zu einer Bagatellsache die Rede war) „von der Wahrung einer processualischen, nach dem Inhalte des Gesetzes für wesentlich zu haltenden Vorschrift handelt, in Beziehung auf die N.-Beschwerde nicht darauf ankommt, ob die einschlagende gesetzliche Bestimmung und deren Anwendung auf den vorliegenden Fall völlig klar und unzweifelhaft ist oder nicht"; Stern g. Gnau [3024] 24/7 1852, in Erw.: „daß wenn auch — da es sich hier von einer processualischen Vorschrift handelt, es darauf, ob die Annahme des Unterrichters gegen eine klare gesetzliche Bestimmung verstoße, nicht ankommen kann, vielmehr, unter den sonstigen Voraussetzungen, der Umstand entscheiden würde, inwieweit der angebliche Mangel sich als ein wesentlicher darstelle." Vergl. des Verf.'s Subhast.-Verfahren, S. 528; dessen N. Samml. Th. 3 Abth. 2 S. 316.

89) Schimmelpfeng g. Schmidt-Spanhöven [2714] 1851.

1) auf die mündliche, schriftliche, öffentliche Form des Verfahrens;

2) auf die Zuständigkeit des Gerichts in objectiver und subjectiver Hinsicht, insonderheit mit Rücksicht auf die Erwachsenheit des Streit- und Beschwerde-Objects, den Umfang eines Commissoriums ꝛc.;

3) auf die Einleitung des richtigen Verfahrens, in Anwendung namentlich auf die Fälle, wo der Bagatell-Proceß, statt des ordentlichen, oder umgekehrt dieses, statt jenes ꝛc., eingeleitet wurde;

4) auf die Zulässigkeit der Erstreckung von Fristen und Terminen, insonderheit der Beweisfrist ꝛc.;

5) auf die Vorschrift wegen Ansetzung von Güteversuchs-Terminen, namentlich in Ehescheidungs-Sachen;

6) auf die Legitimation der vor Gericht aufgetretenen Vertreter der Parteien;

7) auf die Beurtheilung der Klagen, in Anwendung auf den Fall ihrer Zurückweisung, nachdem durch Vorbescheid ihre Begründetheit anerkannt worden ist, — so wie auf den der erforderlichen Sachlegitimation, wenn der Mangel derselben als sanirt nicht zu betrachten steht;

8) auf das Erforderniß der Beweisanticipation namentlich im Prioritäts-Verfahren;

9) auf die nöthige Gewährung des rechtlichen Gehörs;

10) auf die Voraussetzung stattgehabter Einlassung auf die Klage;

11) auf den Grundsatz, wonach die Aenderung der Klage zu meiden;

12) auf die Voraussetzungen rücksichtlich der Annahme der Begründung von Einreden, oder

13) der Beweis-Regulirung, oder

14) der Beweisführung, nach Maaßgabe der für die einzelnen Beweismittel gelten Grundsätze;

15) auf die Vorschriften, welche in Betreff der Giltigkeit endlicher oder solchen gleichstehender Urtheile in formeller und materieller Hinsicht, in besonderer Beziehung auf: Gesetzwidrigkeit, Actenwidrigkeit, Verstöße gegen rechtskräftige Sentenzen gelten;

16) auf die Bestimmungen sowohl in Ansehung der Publication und Insinuation der letzteren, als

17) einer gehörigen Contumacia, insonderheit rücksichtlich des Erfordernisses der Androhung 2c. des entsprechenden Rechtsnachtheils;

B. in den summarischen resp. den ähnlichen Verfahren, insbesondere

1) auf das Executions-, namentlich das Subhastations-,

2) auf das für minderwichtige Sachen angeordnete (s. g. Bagatell-) Verfahren;

3) auf den Concursproceß;

4) auf den Injurienproceß;

5) auf das Verfahren wider öffentliche Rechnungsführer;

6) auf erlassene Provisional-Verfügungen.

II. In Ansehung der Rechtsmittel-Instanz:

1) auf die Appellation,

2) auf die Nichtigkeits-,

3) auf die Justizverweigerungs-Beschwerde;

4) auf das Restitutions-Verfahren.

Kapitel II.

§. 37.

Mängel in Beziehung auf Mündlichkeit, Schriftlichkeit, Oeffentlichkeit des Verfahrens.

Wie als primitive Formen der Rechtspflege die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit zu betrachten sind [90]), so konnte auch die dritte Form, die Schriftlichkeit, im Interesse der Rechtssicherheit nicht fehlen und die Ausbildung derselben findet, wie in dem römischen, also vornämlich im canonischen Processe ihre Grundlage [91]). Die Vereinigung dieser drei allgemeinen Formen ist heutiges Tags das äußere charakteristische Merkmal des Processes und dieß gilt insbesondere auch vom hessischen.

---

90) Vergl. unter Anderen: v. Feuerbach, Beitr. üb. d. Oeffentlichkeit u. Mündlichk., Gießen 1829; Mittermaier, Archiv f. civ. Pr. Th. 17, S. 292, 379; Heffter, System §. 192.

91) Des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. 6 S. 194 fg.

Was zunächst die, ehedem durch die vorgeschriebene Mittheilung der Entscheidungsgründe der Erkenntnisse ersetzte, Oeffentlichkeit betrifft, so ist die Frage hinsichtlich ihrer Räthlichkeit, — nachdem die Bejahung derselben im Sinne deutscher Justizpflege, bei Gelegenheit der Erläuterung eines die Abschneidung processualischer Mängel bezweckenden Gesetzes vom J. 1834 in Hessen befürwortet worden war [92]), — in der Drang-Periode vom Jahre 1848 jählings zur bejahenden Entscheidung gelangt und später diese letztere in die Proceßgesetzgebung aufgenommen worden, indem danach ganz allgemein vorgeschrieben worden ist: „Mündliches und öffentliches Gerichtsverfahren bildet in — bürgerlichen Rechtsstreiten hinsichtlich der zum Zweck der Entscheidung stattfindenden Verhandlungen, die Regel" [93]). Diese leidet aber eine Beschränkung in mehrfacher und weitgreifender Richtung. 1. Schon das Gesetz, in welchem jener Disposition hinzugefügt ist „die Ausnahmen von dieser Regel bestimmt das Gesetz," findet den Grund zu diesen Ausnahmen einmal in dem Gegenstand des Streits, wenn nämlich derselbe nicht ohne Verletzung der Sittlichkeit solcher allgemeinerer Kenntnißnahme Preis gegeben werden kann; dann aber auch in dem Einfluß der Privatwillkühr, dem auch in dieser Hinsicht Bedeutung mit Modification gegeben ist und endlich in der Rücksicht auf die Wahrung der öffentlichen Ordnung. Daher ist: „die Oeffentlichkeit in den Ehescheidungs-Processen und denjenigen Fällen ausgeschlossen, welche geeignet sind, die Sittlichkeit zu verletzen. Sie kann auch auf den übereinstimmenden Antrag beider Parteien, wenn das Gericht deren Gründe erheblich erachtet, so wie mit Rücksicht auf die öffentliche Ordnung ausgeschlossen werden" [94]).

---

92) Bickell, im Commentar zum Gesetz v. 16. Sept. 1834, in der Zeitschrift für Recht ꝛc. in Kurhessen, H. 1 S. 13: „Während es sich — von selbst verstand, daß man an eine Einführung des französischen Processes und der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit in demjenigen Sinne, welchen dieser Proceß damit verbindet, nicht dachte, blieb es dennoch keineswegs ausgeschlossen, daß auch in dieser Hinsicht der Weg zu einer jeden gehörig geprüften, der gesunden Entwickelung ächt deutscher Rechtspflege förderlichen, Verbesserung offen erhalten wurde" ꝛc.

93) Provisor. Gesetz v. 22. Juli 1851 §. 2.

94) Ebendas. §. 67.

2. Der Ausdruck des Gesetzes, namentlich rücksichtlich der Worte „Entscheidung" und „Verhandlungen"[95]), schloß aber dessen Auslegung durch die Praxis dahin, daß noch weitere Fälle von der Regel auszunehmen seyen, nicht aus. Eine solche fernere Ausnahme, bei der an die mit der Ertheilung der Entscheidung in Verbindung gebrachten Ausdruck „Verhandlungen" angeknüpft wurde, schien wenigstens für die höheren Gerichte namentlich alsdann gerechtfertigt, wenn das ergriffene Rechtsmittel als unzulässig oder unbegründet, sofort oder nach genommener Einsicht der Acten der früheren Instanz, sich ergab[96]), überhaupt, wenn nach dem Schlusse der Verhandlungen die Sache zur sofortigen Ertheilung eines definitiven Erkenntnisses sich eignete[97]). Denn da in der ersteren Beziehung die Zurückweisung des Angriffs auf das vorige Urtheil unter jenen Voraussetzungen erfolgen mußte, so lag es im Interesse des beschwerdeführenden Theils selbst, war es Zeit und Kosten ersparend und darum angemessen, außer den sonstigen Formen, nicht noch die der öffentlichen Verhandlung zu wahren. Aber auch dann, wenn bereits in der höheren Instanz, gleichviel, ob Appellation oder Nichtigkeit die Grundlage der Beschwerde bildete, der Proceß eröffnet und es zu, das endliche Erkenntniß vorbereitenden, Verhandlungen, insonderheit im Beweisverfahren, gekommen ist, erfordert diese Entscheidung nicht stets eine neue öffentliche Verhandlung vor dem obern Gericht. Da nämlich die Vornahme der Beweis-Verhandlungen durch Vermittelung des untergeordneten Gerichts, durch Auftrags-Ertheilung regelmäßig bewirkt werden kann, die Parteien sonach beim Commissar Gelegenheit erhalten, ihre dabei in Betracht kommenden pro-

95) Unter jener sind die auf zweiseitige Verhandlung zu ertheilenden gerichtlichen Erkenntnisse, d. h. Bescheide mit Ausnahme derjenigen, welche auf einfache Proceßleitung sich beschränken und nicht in die Sache selbst eingehen, wie Interlocute, zu verstehen.

96) Hier bedurfte es einer vorgängigen Verhandlung nicht, um zur Zurückweisung des Rechtsmittels und der darin gewissermaßen liegenden Bestätigung der angefochtenen Sentenz zu gelangen. Aber auch andere Rücksichten empfahlen die Ausschließung der in der öffentlichen Verhandlung liegenden Weiterung.

97) Provisor. Gesetz v. 22. Juli 1851 §. 61.

cessualischen Rechte zu wahren, so muß auch nach Erledigung des Auftrags in dem Falle eine weitere öffentliche Verhandlung völlig überflüssig erscheinen, wenn nichts mehr zu verhandeln ist, z. B. nach erfolgter Abnahme eines Schiedseids, dem oberen Gerichte die Acten zur Ertheilung der endlichen Entscheidung vorliegen.

Betrachtet man die erwähnten gesetzlichen Vorschriften, so wird man zwar annehmen dürfen, daß außerhalb der gesetzlichen Ausnahmsfälle bestehende weitere vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden sind und daß, indem durch das Gesetz erläuternd verordnet wurde: „Ueber die Ausschließung der Oeffentlichkeit in andern als Ehescheidungssachen ist ein mit Gründen versehener Beschluß in die Acten zu registriren" [98]), hiermit in der That an eine andere, als die gesetzliche Begründung jener Ausschließung, nicht gedacht sey. Inzwischen findet die unter 2. erwähnte usuelle Interpretation des Gesetzes in den hervorgehobenen Momenten wesentliche Unterstützung und diese ist, wie bei den oberen Gerichten, also auch bei dem obersten in täglicher Uebung.

Hieraus erhellt, daß hier nur in sehr beschränktem Raume das Rechtsmittel der Richtigkeit sich bewegt. Daß es an sich begründet sey, wenn die Entscheidung in der Sache unter Meidung der Oeffentlichkeit ergangen ist, ergibt sich daraus, daß durch diese letztere die besondere gesetzliche Form, in welcher das rechtliche Gehör gewährt werden soll, bezeichnet wurde. Als absolut verbietende Disposition des Gesetzes stellt sich aber nur der Fall des Ehescheidungs- (Nichtigkeits-) Processes dar, indem die andern vom Gesetz bezeichneten Ausnahmen, die Beachtung entgegen stehender Privatübereinkunft der Parteien und die Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung, dort in die Ermäßigung, hier in die ausschließliche Verfügung des Richters gestellt, von einer Anfechtung der ohne Beobachtung der Oeffentlichkeit ergangenen Entscheidung daher hier so wenig, als im Fall der durch den Gerichtsgebrauch begründeten Ausnahme, wenigstens dem letzteren zufolge, kaum die Rede seyn wird, der

---

98) Verordn. v. 30. Oct. 1851 §. 13.

bisherigen Erfahrung nach wenigstens, so viel bekannt, bisher noch nicht die Rede gewesen ist.

Soviel sodann das Verhältniß des schriftlichen Verfahrens zum mündlichen betrifft, so lag dem älteren hessischen Proceßrechte das Princip der Mündlichkeit 99) in so fern namentlich zum Grunde, als ohne die Verhandlungs-Maxime zu beseitigen, der Richter in der unteren Instanz verpflichtet war, von Amtswegen nach der wahren Beschaffenheit des Factums mit möglichstem Fleiße zu forschen 100). Inzwischen war in wichtigen Streitsachen der Schriftenwechsel nicht untersagt 1) und er galt auch — abgesehen von dem Verfahren vor dem summarischen Gericht — bei den oberen Gerichten. Durch die neuere Gesetzgebung ist zwar als Regel die Mündlichkeit des Verfahrens 2), daneben aber auch vorgeschrieben, daß in erwachsenen Sachen auch bei den Untergerichten Schriftenwechsel gestattet sei 3); — so daß demnach für jene, wie für die Obergerichte, die Regel gilt, daß nach Beendigung des letzteren ein Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt wird 4).

Wie für die mündliche Verhandlung, so ist auch für die in Folge des Schriftenwechsels eintretende Verfahrensweise die Aufnahme von Protocollen und Registraturen erforderlich und die Frage, in wiefern in dieser Hinsicht eine Nichtigkeit zu vermeiden sey? von besonderer Wichtigkeit. Es leidet nun zwar zunächst keinen Zweifel, daß Urkunden dieser Art unter gewissen Voraussetzungen in Beziehung sowohl auf ihre Form, als ihren Inhalt angefochten werden können. Da es sich in der einen, wie in der andern Hinsicht von einem Angriff auf an sich vollständig außer Zweifel stehende Urkunden handelt, so haben sich in dieser Hinsicht bestimmte Grundsätze, welche jene Vor-

99) Für einen wesentlichen, die Nichtigkeit des Verfahrens bewirkenden, Mangel wurde es indessen nicht erachtet, wenn Termine irregulärer Weise Seitens der Partei durch Uebersendung gerichtlicher Vorträge abgehalten worden waren, Hecker z. S. Fisc. Pr. g. H. [8538] 11/10 1843.

100) U. G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. III §. 13.

1) Ebendas. Art. III §. 24.

2) Provis. Gesetz v. 22. Juli 1851 §. 2.

3) Ebendas. §§. 56 fg.

4) Ebendas. §§. 61, 63, 64.

aussetzungen näher bestimmen, namentlich einen s. g. überwiegenden Beweis erfordern, ausgebildet. Wenn also behauptet wird, daß die Form des Protokolls — in welcher Beziehung aber, was die obergerichtlichen betrifft, der Mangel der Unterzeichnung des Anwalts und der Erwähnung der Anwesenheit der Gerichtspersonen keine Nichtigkeit erzeugt [5]) — nicht gewahrt worden sey, so ist hier zu unterscheiden, ob er klar aus dem Protocolle sich ergibt oder nicht; in jenem Fall wird, wenn der Mangel ein wesentlicher ist, allerdings eine Nichtigkeit begründet; läßt sich das aber nicht unzweifelhaft erkennen, ist z. B. nur darüber, ob die Vorlesung und Genehmigung stattgefunden habe, nichts zu ersehen, so wirkt dann die für die gesetzliche Verfahrensweise des Richters streitende Vermuthung die Ausschließung der gleichen Folge [6]).

Wird andererseits geltend gemacht, daß der Inhalt des Protocolles nicht mit dem vor dem Gericht Verhandelten und in Folge dessen Protocollirten, oder, wenn von dem über richterliche Wahrnehmungen — im Gegensatz zu Parteiverhandlungen — Aufgezeichneten die Rede ist, daß die darüber aufgenommene Registratur mit dem wirklich Geschehenen nicht übereinstimme, — so würde, im Fall des Beweises solcher Behauptungen, damit ein Nichtigkeitsgrund dargethan seyn. So wurde der Nichtigkeits-Proceß eröffnet, als von dem Querulanten behauptet worden war, daß er bei der Aufnahme des in Betracht kommenden Protocolles nicht gegenwärtig gewesen sey [7]); und in ähnlicher Weise in einem Falle, wo der Unterrichter, im Widerspruch mit dem die Abwesenheit eines Verklagten bekundenden, vom Actuar aufgenommenen, Protocolle, später die Anwesen-

---

5) Graner g. Makorn, O. A. G. D. v. 26/10 1825.

6) Wellner g. Riehl [5733] 19/11 1859, in Erw.: „daß der Mangel einer gerichtlichen Registratur über bewirkte Vorlesung und Genehmigung des Termins-Protocolls vom — da die stattgehabte Wahrung der für die Legalität gerichtlicher Acten sprechenden Vermuthung anzunehmen ist, eine Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht zu begründen vermag."

7) Sauer g. Bingell [1948] 6/2 1850. Außer diesem Grund gab zu jener Verfügung noch die weitere Behauptung Veranlassung, daß der betr. Bescheid an den gewesenen Anwalt des Querulanten, nicht an diesen selbst insinuirt worden sey.

heit und sachgemäße Thätigkeit derselben Partei neben dem Protocoll registriren ließ und darauf hin den Schiedseid auferlegte, — die eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde für begründet angenommen [8]); — ferner die Behauptung, daß der Richter die der Entscheidung vorausgegangene Verhandlung nicht vollständig und nicht gehörig geleitet habe, an sich, für zu demselben Zweck erheblich erachtet und nur von dem überwiegenden Beweis der Ausspruch jener Folge abhängig gemacht [9]), — und, damit in Uebereinstimmung, auch der vorgängigen Weigerung des Richters, die thatsächliche Behauptung einer Partei zu protocolliren, für den Fall die gleiche Wirkung beigelegt, wenn die Nichtberücksichtigung des geltend gemachten Thatumstands gegen wesentliche Bestandtheile des Verfahrens oder unzweifelhafte gesetzliche Normen verstoße [10]).

Kapitel III.

§. 38.

Defect hinsichtlich der Competenz des Gerichtes [11]).

Sowohl im Falle der subjectiven, als in dem der objec-

---

8) Creuzer g. Hämer [5858] 30/5 1860, in Erw.: „daß der unterrichterliche Beweisbeschluß gleich dem Eidsbescheide wesentlich auf der Terminsverhandlung vom — beruht; — diese letztere aber als Grundlage für eine Entscheidung überhaupt um deswillen nicht dienen kann, weil nach dem Amtsberichte vom — so wie nach den vom Actuariate am Rande des Protocolls nachträglich bewirkten Berichtigungen anzunehmen ist, daß das Protocoll in seiner ursprünglichen Fassung mit dem im Termine wirklich Verhandelten nicht im Einklange steht, andererseits aber die nach dem Schlusse der Terminsverhandlung nachgetragenen Aenderungen auf Glaubwürdigkeit keinen Anspruch haben; — daß hiernach die angeführten Amtsbescheide einer wesentlichen Voraussetzung ihrer formellen Rechtsbeständigkeit entbehren, — und unter diesem Gesichtspunct die gegen den Amtsbescheid vom — von dem Kläger erhobene Nichtigkeits-Beschwerde als gegründet sich darstellt." Im Näheren vergl. darüber: des Verf.'s Beweis durch Schrifturk. Th. II S. 206 Not. 29.

9) Neuber g. Morchutt [1513] 31/8 1848.

10) Weitzel g. Schäfer [1830] 22/9 1849; Schühtrumpf g. Auel [4368] 29/2 1858. — In dem über Nichtigkeiten im Bagatell-Verfahren später noch Anzuführenden wird weiter hiervon die Rede seyn. (Kap. XXIII.)

11) Vergl. das später rücksichtlich der Nichtigkeiten in Beziehung auf ergangene Provisional-Verfügungen Anzuführende. (Kap. XXIII.)

tiven [12]) Incompetenz ist das obere Gericht bei Prüfung derselben und Entwickelung seiner Ansicht darüber in keiner Weise gebunden; vielmehr liegt ihm solche, namentlich alsdann, wenn von einer Nichtigkeit die Rede ist, ebenso zu freier Beurtheilung der vorliegenden, factischen Momente, nach Maßgabe der Gesetze, vor, wie bei jedem andern Verstoß wider wesentliche Proceßvorschriften [13]). Mängel, welche sich in dieser Hinsicht ergeben, begründen eine Nichtigkeit des Erkenntnisses resp. des Verfahrens [14]), es wäre denn das Gericht später competent ge-

---

12) Beide unterscheiden sich vornämlich nur dadurch, daß bei jener, nicht aber auch bei dieser eine Prorogation des Gerichtsstands zuläßig ist, wovon in der ersteren Hinsicht nur die geistliche Jurisdiction eine Ausnahme macht. — In Hessen wird namentlich beim O. A. Gerichte die objective Competenz von Amtswegen festgestellt. In einem hier einschlagenden Falle ersuchte dasselbe, ohne Antrag der Parteien, die betreffende inländische Regierung um Mittheilung von Acten, die, nach einem bei den Gerichts-Acten sich befindenden »extractus ex Archivo«, als bei dieser Behörde sich befindend unterstellt wurden und aus welchen, der Vermuthung nach, sich ergeben würde, daß beide Streittheile in früheren Zeiten (J. 1725) einen Vergleich eingegangen seyen, wonach der jetzige appellatische Theil in einem, über die Beholzigung der Einwohner zu N. aus den v. G.'schen, im Ausland gelegenen, Waldungen entstandenen Processe einem inländischen Gerichte sich unterworfen habe, Gem. Niederjossa g. v. Schlitz g. v. Görtz [6100] Commun. an d. Reg. v. 16/3 1839.

13) Jäger g. Bernhard, O. A. G. D. v. 6/10 1832; Rehberg g. Braunschweiger [8833] 13/6 1843, in Erw.: „daß die Unzuständigkeit des Gerichts an und für sich einen Nichtigkeitsgrund bildet, und es daher bei der Prüfung desselben nicht darauf ankommt, ob das untere Gericht seine Zuständigkeit gegen den klaren Inhalt gesetzlicher Bestimmungen, oder auf den Grund der richterlichen Erwägung vorhandener factischer Momente angenommen hat."

14) Freudenstein g. Umbach [8902] 29/7 1843; Maier g. Will [35] 16/1 1847; Noll g. Cronau [1666] 16/6 1849, in Erw.: „daß dem Regier-Ausschr. v. 18/2 1819 mit Rücksicht auf die bis dahin in Betreff des Gerichtsstands des Gesindes schriftsässiger Personen in Giltigkeit gewesenen gesetzlichen Vorschriften nur der Sinn beigelegt werden kann, daß dadurch der ordentliche Gerichtsstand des Gesindes jener Art für alle persönliche Klagen an dem Wohnorte der Brodtherrschaft mit Ausschluß eines anderwärtigen Gerichtsstandes des Wohnorts habe bestimmt werden sollen; — daß im vorliegenden Falle das durch die Worte „dermal bei dem Professor M. zu M. dienend" bezeichnete Dienstverhältniß des Querulanten, in Ermangelung der näheren Darlegung einer besondern Beschaffenheit dieses Verhältnisses, nur als das gewöhnliche eines Dienstboten zu seinem Brodtherrn aufgefaßt werden kann; — sonach aber und da die aus dem Staats-

worden und die Incompetenz eine solche, welche nach dem Bemerkten durch das Forthandeln der Parteien auszuschließen stände [15]).

Das Erkenntniß in Folge der für begründet befundenen Nichtigkeits-Beschwerde geht alsdann, wenn die Zuständigkeit in voriger Instanz angenommen worden war, auf Abweisung des beim unzuständigen Gerichte gestellten Antrags [16]); wenn sie aber als nicht vorhanden zu erachten war, auf eine entsprechende Auflage, der Entscheidung sich zu unterziehen [17]).

Was die objective Incompetenz [18]) insonderheit betrifft, so

---

und Addreß-Handbuche des Inlandes bei etwaigem Zweifel zu entnehmende Schriftsässigkeit des genannten Dienstherrn des Querulanten nicht beanstandet werden kann, der Gerichtsstand des Querulanten für die angestellte Klage beim Justizamte — nicht für begründet zu halten ist; — folgeweise auch das gleichwohl von diesem U. Gerichte auf die bei demselben eingebrachte Klage eingeleitete Verfahren und das angefochtene Erkenntniß als nichtig sich darstellen."

15) v. Milchling g. Univers. Marburg, O. A. G. D. v. 24/12 1825.

16) Fisc. Pr. g. Isenburg B. [9435] 20/7 1844: „Wird auf die vom Staatsanwalte eingebrachte N.-Beschwerde mit Aufhebung der Erkenntnisse — soweit dieselben auf den Anspruch auf das Lehenseigenthum an den dem Querulaten zugestandenen Jagd-, Wildprets-Transport- und Waldcultur-Diensten aus den Ortschaften des Amts B. und auf das deshalbige Ablösungs-Capital sich beziehen, erkannt: daß der Querulat mit der wegen der erwähnten Gegenstände bei dem Obergerichte in H. erhobenen Provocation abzuweisen sey."

17) Ein Schuldner verändert seinen bisherigen Wohnort. Der Gläubiger belangt ihn, aber an dem Gerichtsorte des letzteren. Jener bestreitet zwar die Gerichtszuständigkeit, befriedigt ihn jedoch hinsichtlich des Hauptgelds. Der Gläubiger begehrt indeß auch die Gerichtskosten und erwirkt eine Verurtheilung in den Ungehorsam des Schuldners. Dieser wendet sich mit der N.-Beschwerde zunächst an das O. Gericht, wird hier zwar damit zurückgewiesen, „da wegen der Kosten allein eine solche nicht zuläßig sey"; sodann aber an das O. A. Gericht und dieses hebt das angefochtene Decret auf, mit der Verordnung: auf die daselbst vom Querulanten angebrachte Beschwerde w. R. zu erkennen, in Erw.: „daß es bei der vom Querulanten in v. Instanz erhobenen N.-Beschwerde nicht sowohl auf den Gegenstand der vom U. Gerichte gegen ihn ausgesprochenen Verurtheilung, als vielmehr darauf ankommt, ob dasselbe wegen Unzuständigkeit überall nicht befugt gewesen sey, seine Gerichtsbarkeit über denselben auszuüben; — daß diese Beschwerde auch zulässig ist und eine Justizversagung darin gefunden werden muß, daß das O. Gericht dieselbe ohne darüber zu entscheiden zurückgewiesen hat", Eurich g. Wertheim [612] 13/10 1846.

18) Für nichtig wurde z. B. das Erkenntniß eines ausländischen Gerichts

liegt sie vor, wenn das Mittelgericht eine Appellation als dahin erwachsen annahm, ungeachtet es an der Appellations-Summe fehlte; das darüber sich aussprechende Erkenntniß ist daher nichtig[19]). Nicht stets liegt aber die Sache so vor, daß die Voraussetzungen der Nichterwachsenheit ohne weiter anzuwendendes richterliches Ermessen klar und sofort erkennbar wäre. Wenn daher auch, nach den in der vorigen Note angeführten Beispielen, die Nichtigkeits-Beschwerde zu ihrer Begründung die gehörige Darlegung jenes Mangels erfordert[20]), so ist doch damit noch nicht die Frage entschieden: ob nicht dann wenigstens,

---

erachtet, wodurch über das Eigenthum eines im diesseitigen Gebiet gelegenen Grundstücks auf die in einem bei ihm anhängigen Processe angebrachte Intervention, entschieden worden war, Pulver g. Wiesenbach [336] 4/4 1846. Ueber den Fall, wo über die in Beziehung auf Leistungen der Unterthanen an Kirchendiener entstandenen Differenzen, welche von der betr. Regierung zu erledigen waren, von dem in der Rechtsmittel-Instanz angegangenen Ober-Consistorium, nichtigerweise entschieden wurde, vergl. Seuffert's Archiv B. 6 Nr. 299, oben (S. 157 Not. 74) abgedruckt.

19) Barth g. Schäfer, O. A. G. v. 21/1 1826; Jäger g. Bernhard, 6/10 1832; Koch g. Thöne [8258] 13/4 1842; Gem. Beiseförth g. Wachsmann [1735] 19/3 1849, in Erw.: „daß diese Nichtigkeits-Beschwerde auch sich als gegründet darstellt, da der Querulat an der in der Klage der Querulatin bezeichneten Wiese weder ein dingliches Recht noch einen Besitz in Anspruch nimmt, die Klage wegen einer von ihm unternommenen Störung des Besitzes der Querulantin für ihn daher kein weiteres Interesse darbieten kann, als welches in der beantragten Verurtheilung zur Entschädigung liegen würde, dieses aber nach der mit der Klage vorgelegten Abschätzung des durch die Belegung eines Theils der Wiese mit Baumaterialien und Benutzung derselben zu einem Zimmerplatz verursachten Schadens die erforderliche Appell.-Summe bei weitem nicht erreicht, — wird, mit Aufhebung des Bescheids des O. Gerichts, die vom Querulaten gegen den Amtsbescheid — beim O. Gericht eingeführte Appellation als nicht dahin erwachsen zurück gewiesen“; Grieß g. Franke, 1835, in Erw.: „daß das streitige Pachtgeld die zur Erwachsenheit an das Obergericht erforderliche Summe nicht erreicht, dasselbe daher, indem es über eine dahin nicht erwachsene Appellation erkannte, eine Nichtigkeit beging“; (abgedr. in der Zeitschr. f. Recht ꝛc. in Kurhessen H. II. S. 53 Not. 2).

20) Wenn z. B. bei einem den Besitz eines Wässerungsrechtes betreffenden Rechtsstreite bestimmt behauptet wird, daß der Werth der Wiese ꝛc., zu deren Vortheil der alleinige Besitz der Wässerung vom Querulanten geltend gemacht wird, der bei dem Obergerichte erforderlichen Appellations-Summe nicht gleich komme, Reitze g. Siebert [4035] 27/9 1836.

wenn es an der zureichenden Darlegung der Erwachsenheit in der Mittel-Instanz fehlte, und die Nichterwachsenheit nicht sofort unzweifelhaft sich herausstellte, die Annahme der Nichtigkeit ausgeschlossen erscheine? Die Rücksicht darauf, daß die objective Zuständigkeit des Gerichts, als Gegenstand des öffentlichen Interesses, schon von Amtswegen zu wahren ist [21]), muß, selbst abgesehen von dem allgemeinen Princip, wonach die Nichtigkeit überhaupt bei jedem Verstoße wider wesentliche Proceßvorschriften eintritt, zur Verneinung dieser Frage führen; denn das Erforderniß der Nachweisung der Appellations-Summe ist im Interesse des Gemeinwohls zu dem Ende eingeführt worden, daß nicht einerseits, im Verhältnisse zu dem nöthigen Kostenaufwand, jede geringfügige Streitsache dem sonst zuständigen Richter entzogen und daß andererseits der Proceßsucht vorgebeugt werden könne. Dieser rechtlichen Natur jenes Erfordernisses entsprechend, — wonach also dasselbe, so wenig als die Fatalien, einen Gegenstand der Privatübereinkunft abzugeben vermag, — kann die Ermittelung der Erwachsenheits-Summe nicht auf dem Grund des auf der Verhandlungs-Maxime beruhenden Verfahrens erfolgen; vielmehr wird dazu eine von Amtswegen einzuleitende Procedur erfordert, wobei indeß beide Streittheile verhandeln können, insonderheit des Appellaten Einwendungen, jedoch nur innerhalb der durch jenes höhere Interesse bezeichneten Grenzen, berücksichtigt werden [22]).

Hiernach hat auch in Hessen die Praxis sich ausgebildet [23]),

---

21) Diesem Grundsatz gemäß wurde von einer Regierung (als Justizbehörde) in einem früheren Falle selbst da verfügt, wo die Incompetenz nur aus den Acten hervorging, die auf eine höchsten Orts überreichte Beschwerde eingefordert waren; wiewohl dieser Grund in der Beschwerde selbst gar nicht erwähnt war; es wurde das Verfahren von Amtswegen wegen Incompetenz aufgehoben, Hofmann zu Sand betr. 2031 Sp. Pr. v. 1815.

22) Vergl. Pfeiffer's pr. Ausf. B. 6 S. 424; Linde Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. B. 10 S. 188, 193; ders. im Handb. d. Civilpr. B. 4 §. 117.

23) Sie war in früherer Zeit schwankend. Man ging davon aus, daß, um eine Nichtigkeit wegen Incompetenz anzunehmen, diese unzweifelhaft vorliegen müsse und nahm daher in einem Falle an, daß der bloße Mangel der Nachweisung des Vorhandenseyns der Appell.-Summe nicht genüge, indem sich dabei auf die Hanauer Hofger.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 §. 253 bezogen wurde, wonach

so jedoch, daß, wie schon angedeutet worden, der Zweifel darüber: ob in der Mittel-Instanz die Erwachsenheit vorgelegen habe, oder nicht? zunächst nur dahin führt, durch Einleitung deshalbiger Verhandlung und Ermittelung den Competenzpunkt von Amtswegen festzustellen [24]).

Hierdurch ist zunächst nicht ausgeschlossen: daß wenn später die Competenz in anderer Weise, z. B. in Folge der Verhandlungen, sich herausstellt [25]), damit der Grund der Nichtigkeit beseitigt erscheint. Wenn sodann die Annahme der Erwachsenheit auf rein thatsächlichen Verhältnissen beruhet und deren Ermittelung unabhängig von der Beurtheilung des Gerichts geschehen muß, so kann so wenig deshalb, weil die Darlegung für ungenügend [26]), als darum, weil der zur Nachweisung vor-

---

in der Beschwerdenschrift die »summa appellabilis et devolutio causae deutlich gezeigt und dargethan werden soll", Isenburg g. Seifert, 1832. — Später wurde aber dieser Satz nochmaliger Prüfung unterzogen und, ungeachtet jenes dabei zur Sprache gebrachten früheren Ausspruchs, so wie des wesentlich in Betracht kommenden Unterschieds von dem Fall, wo die Voraussetzungen der Nichterwachsenheit ohne weiter anzuwendendes Ermessen alsbald klar vorliegen, — ein Unterschied, der auch schon in einer früheren Sache, Barth g. Schäfer, 1826, gemacht wurde, — die Eröffnung der Nichtigkeits-Processe zu dem Ende erkannt, um zu ermitteln: ob die Appellation der beim O. Gericht als Querulat in Betracht gekommenen Partei erwachsen gewesen sey, Isenburg M. g. Neidhard [524] 29/10 1834.

24) Vergl. die v. Note.

25) Als in der Klage der Errichtung eines Kaufbriefs über Immobilien gedacht und mit Rücksicht darauf die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts zweifelhaft war, wurde doch die Nichtigkeits-Beschwerde, in Erw.: „daß zwar in der Klagschrift eine nähere Begründung des Gerichtsstands vermißt wird, dieser Mangel jedoch dadurch, daß Querulant selbst in der Exceptionalhandlung den Kaufbrief als einen gerichtlich confirmirten bezeichnet, beseitigt, auch in der Replik die Klage in dieser Rücksicht zuläßig verbessert worden ist", zurückgewiesen, Berns g. Wenz [8301] 18/2 1843.

26) Daher erkannte das O. A. Gericht zu Cassel: „daß durch die Annahme des Obergerichts, es ergebe sich bei der bestrittenen Feststellung des Lehngelds durch die querulatische Renterei kein den Betrag von 50 Thlr. übersteigendes Interesse des Querulanten und die Darlegung eines solchen Interesses sey zur Begründung des ordentlichen Verfahrens erforderlich, weder gegen den klaren Inhalt der Acten erkannt, noch wesentliche Theile des Processes verstoßen sey", Meurer g. Fisc. Pr. [9094] 15/11 1843.

gelegte Beweis, z. B. die Bescheinigung der Appellations-Summe, mit Grund für zulänglich erachtet worden und vom Appellaten Gegenbescheinigung nicht erbracht ist [27]), eine Nichtigkeit für begründet erachtet werden [28]).

In spezieller Beziehung auf den Fall der Begründung der Zuständigkeit eines Gerichts durch ein von dem oberen demselben ertheiltes Commissorium, wird von jenem nichtig gehandelt:

1. wenn es in der zur Entscheidung ihm aufgetragenen Sache für incompetent sich erklärt [29]);

2. wenn es eine Verfügung erläßt, nachdem der ihm ertheilte Auftrag bereits wieder zurückgezogen worden war [30]);

3. wenn es mit Ueberschreitung der Grenzen seines Commissoriums erkennt [31]); — es wäre denn eine Einlassung in die

---

27) Theis g. Röder [5153] 23/10 1839, in Erw.: „daß eine Nichtigkeits-Beschwerde gegen die obergerichtliche Entscheidung wegen mangelnder Competenz nur dann begründet seyn könnte, wenn das O. Gericht ohne genügende Bescheinigung die Appellation als erwachsen angenommen hätte; — daß aber eine, wenn auch nur von einem Taxator ausgestellte Schätzung über den Werth des Gegenstandes, so lange der Gegner diese Nachweisung nicht beseitigt, eine genügende Bescheinigung abgibt; — im vorliegenden Falle gleichwohl der Querulant gegen die vom Querulaten zur Nachweisung der Erwachsenheit der Sache an das O. Gericht vorgelegte Bescheinigung keine Erwiederungen vorgebracht hat, — mithin, wenn er jetzt die Richtigkeit der Taxation bestreitet, dieß neue Vorbringen, wenn es auch zu einem Rest.-Gesuche geeignet seyn sollte, keinenfalls eine Nichtigkeits-Beschwerde gegen die obergerichtliche Entscheidung begründen kann.“ Eine mit dem ersten Satz übereinstimmende Entscheidung des O. Appell.-Gerichts zu Wiesbaden v. 28/7 1847 findet sich in Seuffert's Archiv B. 6 Nr. 106.

28) Tegtmeier g. v. Münchhausen [5232] 1858.

29) Rick g. Curiol [279] 1827.

30) v. Gehren g. Schanz z. S. ꝛc. [6522] 4/9 1839.

31) Gem. Braach g. Stückradt [7568] 26/11 1842; es wurde aber angenommen, daß durch Prorogation der Verstoß sanirt werden könne, in Erw.: „daß — das Justizamt, indem es Verhandlungen über eine im Executions-Verfahren vom implorantischen Theile vorgebrachte Zahlungseinrede zuließ und darüber erkannte, den ihm vom O. Gerichte ertheilten Auftrag überschritten, Querulant aber sich in diese Verhandlungen ohne Protestation eingelassen und solchergestalt eine die Nichtigkeits-Beschwerde wegen Incompetenz ausschließende Prorogation des Gerichtsstandes stattgefunden hat.“

deshalbigen Verhandlungen Seitens der Parteien erfolgt und der Mangel durch Prorogation sanirt worden [32]). Ueberhaupt wird hierdurch, ihre Zulässigkeit an sich [33]) vorausgesetzt, die Competenz des Gerichtes hergestellt [34]), — ein Satz, der selbst rücksichtlich ausländischer Gerichte nicht schlechthin ausgeschlossen erscheint [35]).

Kapitel IV.

§. 39.

Einleitung eines unrichtigen Verfahrens.

I. Wie in andern Ländern ist auch in Hessen das für wichtigere Fälle geltende Verfahren von dem für minderwichtige bestimmten in Hinsicht auf die Ausdehnung verschieden [36]). Es ist in Beziehung auf die Wahl des einen oder andern bestimmt, daß „der Richter, wenn er findet, daß die Sache in dem vorgeschriebenen abgekürzten Verfahren sich nicht erledigen läßt, in jeder Lage des Rechtsstreits auf den Antrag eines Streittheils befugt sey, das weitere Verfahren zu dem in wichtigen Streitsachen eintretenden untergerichtlichen Processe zu verweisen" [37]). Hier entstand nun zunächst:

1. die Frage: ob vom Richter, wenn er, statt des für minderwichtige Sachen angeordneten, das ordentliche Verfahren einleitet, gegen wesentliche Grundsätze des Processes verstoßen worden sey? Denn daß von einer Gesetzwidrigkeit dabei die Rede nicht seyn könne, ergibt die Fassung der hervorge-

---

32) Vergl. die v. Note; Annal. Th. II. S. 314, 315.

33) Sie ist nicht anzunehmen, wenn dadurch das forum rei sitae beseitigt werden soll, Annal. V. 679, 680. Vergl. übrigens rücksichtlich der Bedingungen der Prorogation: Annal. I. 797 fg.

34) So ist die Prorogation der Gerichtsbarkeit auch in der Appellations-Instanz noch möglich, Decis. Cass. I. 94, 41, und wurde zugelassen, als der in erster Instanz geltend gemachte Einwand gegen die Competenz in der Appellations-Erklärungsschrift nicht wiederholt worden war, Annal. VI. 612.

35) Decis. Cas. III. 6, 1—4; des Verf.'s N. Samml. Th. III. Abth. I. S. 12, 13.

36) Vergl. über das s. g. Bagatell-Verfahren in Hessen: des Verf.'s N. Samml. Th. VI S. 371—425.

37) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 4. N. Samml. a. a. O. S. 383 §. 2.

hobenen Gesetzesstelle. Ungeachtet jener richterlichen Befugniß ist er nun allerdings rücksichtlich ihrer Geltendmachung durch den Antrag der Partei beschränkt [38]). Eben weil aber durch die Einleitung eines umfassenderen, der möglichst gründlichen Erörterung des Streitfalls Gelegenheit darbietenden, Verfahrens, statt eines mehr summarischen, der Partei unmöglich eine Verletzung zugefügt zu werden vermag, kann auch damit eine Nichtigkeit nicht begangen werden [39]); es ist das dann am augenscheinlichsten, wenn etwa der angegriffene Theil aus solchem Grunde das Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde ergreifen wollte [40]).

2. Anders könnte man im umgekehrten Falle die Frage entscheiden. Wird nämlich, statt des begründeten ordentlichen Verfahrens, das abgekürzte für minderwichtige Sachen bestimmte eingeleitet, dann könnte man geneigt seyn, anzunehmen, daß nicht blos damit, aus dem angedeuteten Grunde, eine Versagung

---

38) Marburg. Centr. Arm.-Com. g. Eberhard [6308] 9/5 1840, in Erw.: „daß — eine Verpflichtung des Richters, auch ohne Antrag einer Partei im geeigneten Falle von Amtswegen das weitere Verfahren zu dem in wichtigeren Streitsachen eintretenden Processe zu verweisen, in den Gesetzen, namentlich in dem §. 4 des Ges. v. 18/10 1834, nicht begründet ist."

39) „da", wie das O. A. Gericht zu Cassel aussprach, „durch die Verhandlung einer nach §. 1 des Ges. v. 18. Oct. 1834 zu dem in diesem Gesetze vorgeschriebenen abgekürzten Verfahren geeigneten Sache im ordentlichen Processe weder die gerichtliche Zuständigkeit überschritten, noch dem verklagten Theile das rechtliche Gehör versagt oder beschränkt wird", oder, wie das Obergericht sagte: „da richterliche Entscheidungen gegen processualische Bestimmungen nur insofern, als dadurch wesentliche Bestandtheile des Verfahrens verletzt werden, eine Nichtigkeit begründen, eine solche Verletzung aber in der Einleitung des ordentlichen statt des minderwichtigen Verfahrens nicht gefunden werden kann", Kröcker g. Volckmar [8870] 27/5 1843; Rau g. Winter [6521] 26/6 1839; Kersting j. Rodde g. G. [755] 24/11 1846. Vergl. weitere Belege in des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 384 Not. 39.

40) Gutkind g. Gutberlet [1388] 10/6 1848, in Erw.: „daß die Beschwerde schon deshalb sich als verwerflich darstellt, weil die Zulassung einer, ihrem Gegenstande nach zum Verfahren für minderwichtige Sachen geeigneten, Widerklage in dem für wichtigere Sachen bestimmten Proceß eine Verletzung wesentlicher Erfordernisse des Processes, insbesondere eine Beschränkung des Widerverklagten in seiner Vertheidigung, nicht enthält."

des rechtlichen Gehörs veranlaßt[41]), sondern auch eine Ueberschreitung wesentlicher Grundsätze des Verfahrens begangen werde. Beides ist aber um deswillen unrichtig, weil auch im summarischen Processe, — als welcher der für minderwichtige Sachen vorgeschriebene ebenwohl sich darstellt, — die wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens beibehalten werden und nur durch die Beschränkung auf diese, so wie durch die daraus folgende Abkürzung des Verfahrens die Eigenthümlichkeit des summarischen Processes bezeichnet wird[42]). In der einen, wie in der andern Richtung ist denn auch die Begründetheit der Nichtigkeits-Beschwerde nicht angenommen[43]), namentlich in der Versagung der Klage im schriftlichen Verfahren keine Verletzung wesentlicher Bestandtheile des Processes gefunden[44]); und auch in der neuesten Zeit ist daher anerkannt worden, daß die Frage: ob sich eine Klage, ihrem Gegenstande nach, zum schriftlichen Verfahren eigene, oder in dem für s. g. minderwichtige Sachen angeordneten mündlichen Verfahren zu verhandeln sey? — insofern nicht etwa die Gerichts-Competenz davon abhänge — kein wesentliches Proceß-Erforderniß berühre und deren Entscheidung so wie eine etwaige irrige deshalbige Sachbehandlung keine Nichtigkeit begründe[45]).

II. Die unter I, 1 angedeutete Frage wiederholte sich sodann

---

41) Davon ist am hierüber speciell handelnden Orte die Rede. (Kap. XII.)

42) Vergl. Decis. Cass. T. II dec. 310 in f.

43) Vergl. das über die N. wegen Versagung des rechtlichen Gehörs Angeführte. (Kap. XII.)

44) Vaupel g. Minke [9267] 1844; Breul g. Militär-Vertr.-Ges. [211] 31/10 1845; Pläging g. Fisc. Pr. [701] 31/10 1846, in Erw.: „daß — der Ausspruch des O. Gerichts, daß die Klage sich nicht zur Einleitung des ordentlichen Processes eigene, eine Verletzung wesentlicher Proceßvorschriften nicht enthält"; Zipf g. Habermann [8636] 16/11 1844, in Erw.: „daß weder darin eine Nichtigkeit zu finden ist, daß das Gericht — noch darin, daß dasselbe, nachdem zuvor mehrere Schriftsätze im ordentlichen Verfahren verhandelt worden, das summarische Verfahren hat eintreten lassen; indem eine rechtliche Entscheidung darüber, daß die Sache im ordentlichen Verfahren zu verhandeln sey, nicht vorlag, mithin von einem Verstoß gegen ein richterliches Erkenntniß nicht die Rede seyn kann."

45) Lohraer Kirchenkasten z. S. Bossenberger [4491] 19/7 1856; Schiericke g. Hensler [5792] 1859.

in Beziehung auf das Verhältniß des ordentlichen Processes zu dem in Hessen geltenden, im Fall bestehender gerichtlicher Special-Hypothek, in Folge der Anstellung der hypothekarischen Klage zum Zwecke des einzuleitenden beschleunigten Verfahrens [46]); sie wurde aber ebenwohl dahin beantwortet, daß in der Bevorzugung des ordentlichen Verfahrens der Rechtsbestand des Processes nicht berührt werde [47]).

III. Nach wesentlich verschiedenen Grundsätzen ist dagegen die in Rede stehende Frage zu beurtheilen, wenn nicht von dem Gegensatz des ordentlichen zu dem nur in seinem Umfang und der Erweiterung der Verhandlungen beschränkten Verfahren, sondern von jenem und einem anders gestalteten, z. B. einem solchen die Rede ist, welches auf administrativer Grundlage beruht und im Interesse des Streitobjects die Abwendung des gerichtlichen Verfahrens bezweckt. Es ist das der, auch in Beziehung auf Gesetzwidrigkeit als Nichtigkeitsgrund (Kap. XX) in Betracht kommende Fall des Streits der Anerben bei Eröffnung der Succession in ein Meiergut. Die gegen den Inhalt der einschlagenden Bestimmung der Meierordnung [48]) erfolgte Einleitung eines processualischen Verfahrens ist als eine solche Verfügung anerkannt worden, durch welche wesentliche, dem Verzicht der Parteien nicht unterworfene, Bestimmungen verletzt werden [49]).

Kapitel V.

§. 40.

Unzulässige Frist- und Termins-Erstreckung, so wie Verweigerung beider resp. amtliche Sistirung des Processes.

Wenn es sich um die Frage handelt: ob durch Versagung, oder Gewährung von Gesuchen um Erstreckung eines Termins

---

46) Gesetz vom 24. Juli 1834. — Ueber dasselbe vergl.: des Verf.'s Subhast.-Verf. (J. 1852) S. 56.

47) Schunk g. Bromm [9422] 22/5 1844, in Erw.: „daß die Fragen: ob auf die eingereichte Klage, wenn diese in dem im Gesetze vom 24. Juli 1834 normirten besondern Hilfsvollstreckungs-Verfahren nicht zulässig war, der ordentliche Proceß eingeleitet werden durfte? und ob ꝛc. lediglich Fragen sind, von denen der Rechtsbestand des Processes nicht abhängt und durch deren Beantwortung im concreten Falle bestimmten Gesetzen nicht zuwider erkannt ist."

48) v. 21. Oct. 1774 Art. II. §. 8; Pfeiffer's Meierrecht, S. 522 fg.

49) Reese g. Reese [1519] 18/2 1829; Pfeiffer, a. a. O. S. 526.

oder einer Frist eine Nichtigkeit begründet werde? so ist hier entscheidend zunächst die Frage, ob durch gesetzliche Bestimmung rücksichtlich der Dauer der Fristen ꝛc. eine ausdrückliche Anordnung getroffen, sowie, ob deren Einhaltung als zum Wesen des Processes gehörig zu betrachten sey? Eine hierauf sich beziehende Vorschrift wurde für die hessischen Gerichte in Beziehung auf die Antretung des Beweises gegeben. Unter Bestimmung der Zwischenräume resp. Fristen [50]) wurde nämlich festgesetzt: daß eine einmalige Verlängerung beider unter der näher angeordneten Voraussetzung, daß der Grund genau angegeben, erheblich, actenmäßig oder offenkundig oder sofort bescheinigt sey [51]), auf höchstens vier Wochen stattfinde, eine solche Prorogation aber niemals zur Folge haben könne, daß der Termin oder die Frist zur Beweisführung das Maaß des erwähnten bestimmten längsten Zeitraums überschreite [52]). Diese Vorschrift wurde für dergestalt präceptiv und prohibitiv erachtet, daß, selbst mit Bewilligung des Gegners, eine diesen letztgedachten Zeitraum überschreitende Prorogation unzuläßig erschien [53]). Die Ueberschreitung derselben würde sonach, da das Gesetz selbst jener den Ausdruck einer proceß-wesentlichen Bestimmung gegeben hat, eine Nichtigkeit zur Folge haben. Zwar ist in Folge der neuesten Proceßgesetzgebung [54]) bestimmt worden, daß die Beweisantretung in dem Verhandlungstermine erfolgen soll, mit der Modification, daß „das Gericht in besonders verwickelten Sachen und in allen Fällen, bei welchen eine Partei glaubwürdig darthut, daß sie ohne eigene Schuld nicht im Stande gewesen, die Beweismittel sofort vollständig anzugeben, noch eine peremtorische achttägige Frist zur schriftlichen Antretung der Beweismittel gestatten kann"; aber auch in Beziehung hierauf wird man ein Gleiches behaupten müssen, da diese Vorschrift denselben Charakter an sich trägt.

---

50) jener für die unterrichterlichen Termine von 14 Tage bis 8 Wochen, dieser für die O. Gerichte von 4 Wochen bis 3 Monate, Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 24.

51) Eben das. §. 8.

52) Eben das. §. 25.

53) Des Verf.'s Gerichtseid, Th. II. S. 344 Not. 62.

54) Prov. Gesetz v. 22. Juli 1851 §. 61.

Im Uebrigen sind Fragen wie die: ob durch Gewährung eines Fristgesuchs [55]), durch die Entscheidung über die Zulässigkeit eines solchen, so lange als auf die gegnerische Ungehorsamsanklage noch nicht erkannt worden [56]) rc., eine Nichtigkeit begangen worden? verneinend zu entscheiden.

Es ist hier noch das Bedenken zu erwähnen: ob, wenn im Laufe des Verfahrens eine Partei, z. B. wegen Falschheit eines producirten Beweismittels, die Aussetzung des Civil- und Einleitung des Strafverfahrens beantragt, das Gericht aber hierauf nicht eingeht, sondern in jenem fortfährt, damit nichtig verfahren wird? Man hat indeß auch solches für nicht begründet und als in den Kreis des richterlichen Ermessens fallend angesehen [57]).

Kapitel VI.

§. 41.

Versäumung der Anstellung eines Güteversuchs, insonderheit in Ehescheidungs-Sachen.

Das Gericht hat in allen Instanzen und Lagen des Rechtsstreits das Recht und die Pflicht, eine gütliche Vereinigung der

---

55) Gem. Oberweimar g. Zimmermann [7132] 6/2 1841.

56) Fisc. Pr. g. Schütte, O. A. G. D. v. 13/1 1834.

57) Scheld g. Bauer [435] 18/3 1829. Der zur Zahlung eines Kaufgeldrests verurtheilte Verklagte producirt in der Executions-Instanz zur Nachweisung der Einrede der Zahlung eine vom Kläger angeblich ausgestellte Quittung. Jener bestreitet deren Echtheit und es wird sodann auf den Ergänzungseid erkannt. Der Kläger appellirt an das O. Gericht deshalb, weil nicht, mit Aussetzung des Civil-Verfahrens, eine Criminal-Untersuchung eingeleitet worden sey, indem dazu genügende Veranlassung vorgelegen habe. Das O. Gericht weist aber die Appellation als ungegründet zurück, weil „Appellant durch das von ihm geschehene Leugnen der Echtheit der Unterschrift unter der vom Appellaten vorgelegten Quittung dem Gerichte v. Instanz keine Veranlassung, ein Untersuchungs-Verfahren wegen Fälschung einzuleiten, geben und derselbe um so weniger jetzt eine Beschwerde in dessen Unterlassung setzen könne, als er in das, in Folge jenes, proceßgemäß stattgehabte, Verfahren wegen des Beweises der Echtheit sich eingelassen und auch in diesem durchaus keine Anzeige für das Daseyn einer Fälschung sich dargestellt habe." Hiergegen erhebt Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde; das O. A. Gericht verwirft sie jedoch, in Erw.: „daß die Frage, ob wegen einer eingeleiteten Criminal-Untersuchung der Civilproceß zu sistiren sey?

Streittheile zu veranlassen, ist jedoch in einigen Beziehungen in der Ausübung beider beschränkt [58]. Nur, wenn das Gericht es wirklich nöthig findet [59]) und nur in „zweifelhaften, nicht aber in öffentlich ungerechten Sachen" [60]) ist nämlich dazu zu schreiten. In Ansehung der Zeit der Vornahme ist für die Untergerichte der erste Termin [61]), für die oberen und zwar in summarischen Sachen die Zeit der Beendigung der vier Verhandlungssätze [62]), in Appellations-Sachen die nach Eröffnung des Appellations-Processes [63]), überhaupt aber als Zeitpunct bestimmt, „wenn die Sache zum Bey-, oder End-Urtheil reif ist [64]). Ueber das

---

lediglich auf richterlichem Ermessen beruhet, mithin darin, daß solches hier nicht geschehen, eine Nichtigkeit nicht liegen kann." Vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. II. S. 326 Nr. 6.

58) Canzley-Ordn. v. 20. März 1656 Tit. IV. §§. 6—8. Danach soll gerichtsseitig „aller mögliche Fleiß angewendet werden, daß die parteyen nach billichen Dingen verglichen, einem jeden wortzu er fug und recht hatt, ohne weitleufftigkeit verholffen vnd die Leute dadurch dero rechtlichen Processen — soviel möglich enthaben werden." Vergl.: des Verf.'s N. Samml. Th. IV. Abth. 2 S. 260 fg.

59) Regulativ d. Reg. zu Marburg v. 17. Jan. 1736 §. 8; Proc.-Ordn. v. 5. Sept. 1745 §§. 16, 59.

60) In solchen ist, zufolge der Canzley-Ordn. v. 9. May 1713 §. 8, nach Inhalt des J. R. A. v. 1654 §. 110 der rechthabende Theil damit nicht zu beschweren, noch soll die Justiz wider dessen Willen verzögert, sondern (es sollen) die Partheyen alsdann durch rechtlichen Spruch auseinander gesetzt werden. Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 4; Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 23: „in den geeigneten Fällen."

61) U. G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. III. §. 2, 16. Danach soll in 1. termino die Güte angelegentlich versucht, (sollen) Vorschläge gethan, dabei aber die vor einem oder andern Theil hervorscheinende Justiz reflectirt und dagegen Niemanden zuviel zugemuthet werden. Hanau. U. G. Ordn. v. 1764 Tit. 11 §. 2, Tit. 43 §. 1. In dem für minderwichtige Sachen geltenden Verfahren insbesondere sollen die Gerichte jener Vorschrift gemäß stets verfahren, Verordn. v. 7. Nov. 1834 §. 6.

62) Summar. Gerichtsordn. v. 22. Jan. 1737 §. 8; Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 4: „Wenn sich der Richter von der Sachen Beschaffenheit gründlich informirt hat ꝛc."

63) O. A. G. Ordn. v. 28. Nov. 1730 §. 12.

64) Regul. v. 17. Jan. 1736 §. 8; Verordn. v. 5. Sept. 1745 §§. 16, 59.

Resultat dieses Versuchs ist ein Protocoll (Registratur) aufzunehmen [65]).

Wie wenig in den angedeuteten Vorschriften eine unter allen Umständen bindende, nothwendige processualische Anordnung zu finden steht, und wie sehr vielmehr hier das Ermessen des Richters von Einfluß und bestimmend seyn muß, ergibt sich von selbst und daher ist denn auch anerkannt worden, daß der Güteversuch nicht zu den wesentlichen Theilen des Verfahrens gehöre, ein deshalbiger Verstoß daher mit der Nichtigkeits-Beschwerde nicht anzugreifen stehe [66]). Zweifel kann indeß die Anwendung dieser Grundsätze in Beziehung auf Ehescheidungssachen erregen, da hier mit besonderem Nachdruck hervorgehoben wird, daß dergleichen Sachen „zu recht vnd güte" ꝛc. vor das betreffende Gericht gehören [67]), wie denn auch die weitere Anordnung, daß das letztere erst nachdem dasselbe sich durch amtliche Nachforschung über die Verhältnisse näher unterrichtet hat, zur Vornahme dieses Acts soll schreiten dürfen [68]), so wie die Betrachtung, daß das Ehegericht, seiner Entstehung und seinem Zweck nach, vornämlich auch auf Wiedervereinigung hinzuwirken hat, weniger zu „lösen" als zu „binden" berufen ist [69]), zu der Annahme führt, daß hier in der That von einer wesentlichen Bestimmung des Processes die Rede, deren Ueberschreitung sonach Nichtigkeit zu wirken geeignet erscheint.

---

65) Canzley-Ordn. v. 20. März 1656 Tit. IV. §. 8; Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 4; Verordn. v. 7. Nov. 1834 §. 6.

66) Rabe g. Gem. Borken [4175] 5/6 1837. In besonderer Beziehung auf die Vorschrift der Hanauer U. G. Ordn. erfolgte der gleiche Ausspruch in S. Hasenauer g. Fink [9393] 4/3 1846.

67) Consistor.-Ordn. v. 12. Juli 1657 Cap. XV. §. 1.

68) Eben das. §. 3. „Vnd soll demnach das Consistorium die Partheyen auff einen gewissen Tag vor sich bescheiden, auch zuforderst den Beampten oder der Obrigkeit vnd Geistlichen des Orts vmb Bericht vnd Erkundigung des geklagten Falls halber, zu angesetztem Termin einzuschicken, schreiben vnd alßdann gütliche Verhör vnd Handlung vornehmen."

69) Vergl. des Verf.'s Ehesch.-Recht S. 230 fg.

Kapitel VII.

§. 42.

Verstoß gegen die Proceßlegitimation.

Verschieden von dem Falle eines Mangels in der Person einer Partei, welcher wie früher (S. 13 fg.) erwähnt worden, Nichtigkeit zur Folge hat, ist derjenige, welcher auf die Person deren Stellvertreters sich bezieht, dessen Legitimation zum Processe also zum Gegenstande hat; weshalb denn auf Defecte in dieser letzteren Hinsicht die Vorschrift des J. R. A. §. 122 nicht schlechthin zu beziehen steht [70]).

Der Richter hat nun vermöge der ihm zukommenden Proceßleitung dafür zu sorgen, daß eine gehörige und bestimmte Nachweisung über die Bevollmächtigung durch die Parteien zu den Acten komme [71]), damit nicht durch deshalbigen Mangel eine Nichtigkeit des Verfahrens herbeigeführt werde [72]). Rücksichtlich dieses Erfolgs ist aber zu unterscheiden: der Fall, in welchem es nur um die Beibringung der Vollmachtsurkunde

---

70) Seuffert's Archiv B. 3 Nr. 243 (S. 258) Erk. d. O. A. G. zu Lübeck v. 23/5 1850: In der Bremer G. O. §. 537 sind im Gegensatz des Verfahrens als annullirende Mängel bei den Personen nur wesentliche Mängel in Hinsicht der Gerichtspersonen und Parteien angeführt (vergl. J. R. A. a. a. O.). Hierdurch sind bloße Mängel der Person des Stellvertreters für keine solche erklärt und es kann, wenn es nur an gehöriger Bevollmächtigung (der zur Procuratur nicht zugelassenen, nicht befähigten Person) von Seiten der Partei nicht fehlt, eine Nichtigkeits-Beschwerde als begründet nicht angenommen werden.

71) In Hessen ist das insonderheit durch wiederholte Vorschriften eingeschärft, Cantzley-Ordn. v. 14. März 1628 Tit. IX. §. 10: „In allen Gerichtlichen Sachen, die Partheyen gleich gegenwertigk oder nicht, sollen beyderseits Procuratores ehe und zuvor sie Gerichtliche zue handlen zuegelassen werden, jhre Persohn legitimiren, enndtweder mit vorbringung einer gnugsahmen Volmacht, oder sich apud Acta, wie breuchlich ist, ad agendum et substituendum constituiren laßen ꝛc.“ Dieß wiederholt die Cantzley-Ordn. v. 20. März 1656 Tit. IX. §. 11; U. G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. III. §. 6.

72) Hanauer U. G. Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. VII. §. 5: „— hat der Unterrichter — Alles dasjenige, was von wegen derer streitenden Theile Personen und deren Legitimation zu bevestigung des Judicii von der einen oder andern Seite etwa erforderlich seyn möchte, zu zeitiger Verhütung derer ab ermangelung dessen in der Sachen Verfolg entstehenden Nullitäten vorzüglich zu wahren —.“

sich handelt, — von dem, wo der Aufgetretene in Wirklichkeit gar keinen Auftrag hatte.

1. In jenem Falle hat die entsprechende Unterlassung an sich nicht die alsbaldige Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge. Zwar sind in Hessen besondere Vorschriften für die Ausstellung der Vollmachten und die Nachweisung der Bevollmächtigung ergangen [73]; ist aber die Bevollmächtigung in der That geschehen, so kann alsdann die Nichtbeobachtung der gedachten Vorschrift die Unwirksamkeit jener nicht zur Folge haben [74]. Es pflegt vielmehr hier ein auf Berichtigung des Mangels abzweckendes Verfahren eingeleitet zu werden. Ehedem war es nämlich, was die Gerichte zweiter und dritter Instanz betrifft, Regel, daß die Vollmacht zur Rechtfertigung einer Berufung erst bei Einbringung der Acten der vorigen Instanz erfordert wurde [75]; später erfolgte die Anordnung, daß die Proceßvollmacht bei der ersten Handlung, welche der Vertreter der Partei vornehme, vorzulegen sey [76], mit der für Appellations- und alle andern Beschwerden, außer der wegen Verweigerung und Verzögerung der Justiz oder zu hoher Gebührenansätze [77], geltenden Ausnahme, wonach die Vollmacht des für den Appellaten &c. auftretenden Anwalts mit der Beschwerdenschrift beigebracht werden mußte, unbeschadet jedoch einer deshalbigen Fristbestimmung, unter näher [78] bestimmten Voraussetzungen [79].

Ergibt sich ein Mangel an der Proceßlegitimation und wird derselbe in der gedachten Frist nicht beseitigt, so ist dann, wie dieß überhaupt von Handlungen aufgetretener Nichtlegitimirter gilt, die Schrift in der obern Instanz als nicht vorhanden zu betrachten und ohne weitere Verfügung zurückzugeben [80]; oder, wenn die Acten bereits eingefordert wären,

---

73) In der ersteren Hinsicht durch Minister.-Ausschr. v. 31. May 1824.

74) Lins g. Müller [4604] 7/4 1838. Des Verf.'s N. Samml. Th. IV. Abth. 2, S. 201 Not. 7.

75) Justiz-Minist.-Ausschr. v. 15/11 1825 Nr. 2.

76) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 7.

77) Eben das. §. 45.

78) Eben das. §. 7. Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 198.

79) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 42.

80) Eben das. §. 7 Abs. 3; Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 20.

zurückzuweisen [81]). Dieß gilt aber nur von dem Fall, wo von Verfügungen auf die erste Handlung die Rede ist, nicht auch von dem, wo bereits Verhandlungen stattgefunden haben, oder wohl gar ein endliches Erkenntniß ertheilt worden ist; denn der nun erst hervortretende Mangel der Proceßlegitimation kann weder die Zurückgabe der betreffenden Schrift, noch die Verwirklichung des angedrohten Rechtsnachtheils [82]) zur Folge haben; vielmehr wird, zufolge eines, auf gesetzliche Bestimmung zurückweisenden [83]) Gerichtsgebrauchs in Hessen, die Partei, welche bis dahin in ungenügender Weise vertreten war, noch zu jeder Zeit und in jeder Lage des Streits zur Beseitigung dieses Mangels die nachträgliche Berichtigung der Legitimation, insonderheit durch Genehmigung der betreffenden Handlung, herbeizuführen für befugt erachtet und es steht ihr namentlich Rechtskraft des Erkenntnisses in dieser Hinsicht nicht entgegen [84]). Liegt demnach, bei unzweifelhafter Erheblichkeit der Beschwerde, ein auf die Proceßlegitimation sich beziehender Mangel vor, so erläßt dann und zwar von Amtswegen das Gericht eine die Berichtigung desselben bezweckende Vorverfügung an die Partei [85]), regelmäßig durch Vorbescheid [86]), unter Androhung eines dem vorliegenden Verhältnisse entsprechenden Rechtsnachtheils, insonder-

---

81) Belege hierüber s. in des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 201 Not. 3.

82) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 7. Des Verf.'s N. Samml. a. a. O., S. 229 Not. 6, 7; S. 231.

83) l. 56 D. de jud. (5. 1); l. 5 D. ratam rem (46. 8).

84) Münscher in d. kurhess. Zeitschr. f. Recht rc. H. 2 S. 43 fg. Demgemäß erkannte das O. A. Gericht in Beziehung auf einen O. G.-Bescheid, wodurch die Appellation wegen Mangels der Proceßlegitimation zurückgewiesen war: daß derselbe — „als ein zur Rechtskraft nicht geeignetes Erkenntniß und die dagegen geführte Beschwerde als Beschwerde über verweigerte Justiz zu betrachten, so wie daß auf die Berichtigung der Proceßlegitimation von Amtswegen hinzuwirken sey." Die Belege s. in des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 230 Not. 1.

85) durch Canzlei-Note an deren Anwälte, unter Androhung von Disciplinarstrafen, vergl. des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 233 Not. 1.

86) Ehedem geschah dieß durch Erkennung der Nichtigkeits-Processe; heutigestags aber durch bloße Mittheilung der die Rüge des Mangels enthaltenden Beschwerden- oder Vernehmlassungs-Schrift an den Gegner zur Erklärung. Ueber das Nähere: N. Samml. a. a. O. S. 233.

heit, daß die Klage, das eingeführte Rechtsmittel ꝛc., unter Nichtigsprechung des ganzen Verfahrens, werde zurückgewiesen, oder nicht berücksichtigt werden und die in Folge dessen geschehene Abhilfe des Mangels führt nunmehr zur Beurtheilung der Sache in materieller Hinsicht [87]); wohingegen die Nichterledigung der Auflage die Verwirklichung des angedrohten Präjudizes nach sich führt [88]). — In Beziehung auf die in Rede stehende Berichtigung der Proceßlegitimation ist noch zu bemerken, daß das Gericht von solcher die Einleitung eines Processes — in erster oder folgender Instanz — nur insoweit abhängig zu machen hat, als es sich vom Vertreter des Klägers, Appellanten ꝛc. handelt; wohingegen, wenn dasselbe zu einer solchen Eröffnung die Nachweisung der Legitimation des Vertreters des Gegners erfordert und in deren Ermangelung die Appellation ꝛc. zurückweist, eine Nichtigkeit begründet erscheint [89]).

2. In diesem Falle, wenn also der Aufgetretene in der That keinen Auftrag gehabt hat, es sich nicht blos von einem Mangel in Beziehung auf eine darauf sich beziehende Urkunde handelt, erscheint dagegen die Nichtigkeit begründet [90]), wie z. B. in dem Falle, wenn ein Erkenntniß wider den unrichtigen Vertreter des Staats, etwa einen Rentmeister, gerichtet worden wäre [91]). Indeß hat man doch in einem Falle, wo eine Partei selbst zu erscheinen, oder durch einen Anwalt sich vertreten zu lassen verpflichtet war, der letztere gleichwohl einen Nichtanwalt sich substituirt hatte, darin keinen Verstoß gegen wesentliche Proceßvorschriften gefunden [92]) und ebenso, ungeachtet particularrechtlich zur Verzichtung auf einen Rechtsstreit ꝛc.,

---

87) Eben das. S. 234.

88) Eben das. S. 236. Hiervon wird im Näheren an geeigneter Stelle die Rede seyn. (Kap. XXII).

89) Otto g. Schmidt [8144] 2/3 1842.

90) Benedix g. Rieberg, 29/10 1825; Speier g. Möller, 6/3 1831; Völker g. Gans [987] 10/9 1828; Blum g. Fisc. Pr. [3869] 1832; Otto g. Heuser [4162] 1832; Kersting g. Hildewig [4021] 1833; Schuchard g. Heß [3719] 1836.

91) Fisc. Pr. g. Zehntpflicht. zu Dorheim [6658] 7/12 1839.

92) Stange g. Budesheim [8697] 10/5 1843. Es bezog sich diese Entscheidung auf einen Injurienproceß.

als einer nicht zum gewöhnlichen Proceßgange gehörenden Handlung, eine besondere Vollmacht des Anwalts erfordert wird [93]), in dem Mangel dieser letzteren bei Gelegenheit eines Verzichts auf eine Klage keinen zur Begründung der Nichtigkeits-Beschwerde geeigneten Mangel erblickt [94]).

Der Unterschied der beiden unter 1. und 2. vorstehend erwähnten Fälle bezieht sich also auf das Verhältniß zwischen dem Anwalt und seiner Partei; nur auf dieses letztere leidet der Satz Anwendung, daß der Mangel einer Vollmachtsurkunde nicht in Betracht komme, wenn die Beauftragung wirklich stattgefunden hatte. Es ist dieß namentlich in dem Fall von praktischer Wichtigkeit, wenn die Partei das Verfahren wegen Mangels der Legitimation des für sie aufgetretenen Anwalts angefochten hat; denn wird, nach den unter 1. erwähnten Grundsätzen, derselbe später beseitigt, so kann dies, dem Gegner gegenüber, nicht die Folge haben, daß nun auch, rückwärts, sonstige, der Entscheidung der Sache entgegenstehende Hindernisse beseitigt erschienen, z. B. die, in Hinsicht auf jenen Mangel in der Proceßlegitimation der einen Partei, von ihrem Gegner in rechtsgiltiger Weise sich vorbehaltene Rechtsvertheidigung demselben entzogen, oder ein von der nicht gehörig vertretenen Partei abgeleisteter Haupteid als wirksam, oder ein Erkenntniß in den Ungehorsam des Gegners des ungehörig vertreten gewesenen Streittheils als nachträglich begründet erachtet werden müsse [95]). Von dem Einflusse, welchen der Mangel der Proceßlegitimation auf die Annahme des Ungehorsams und die Frage in Betreff der Vollziehbarkeit des angedrohten Rechtsnachtheils hat, wird am geeigneten Orte die Rede seyn [95a]).

---

93) Justiz-Minist.-Ausschr. v. 31. May 1824 §§. 3 und 4.

94) Neumüller g. Fisc. Pr. [1578] 8/11 1848.

95) Vergl. über das Nähere dieser Beispiele: des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 235 Not. 1—3.

95a) Vergl. Kap. XXII.

Kapitel VIII.

§. 43.

Unstatthafte resp. unrichtige Beurtheilung der Klagbegründung.

I. In Folge der Annahme der Klagbegründung kann nur unter der Voraussetzung einer Verletzung klarer gesetzlicher Vorschriften, oder Hintansetzung wesentlicher Bestandtheile des Processes Nichtigkeit begründet erscheinen. Dieser Grundsatz kommt nun insonderheit zur Anwendung:

1. bei der Entscheidung über die rechtliche Begründung der Klage [96]); daher ist z. B. anerkannt, wie darauf, daß ein Obergericht die erhobene Klage nicht, wie das Untergericht, für das interdict. quod vi aut clam, sondern für das i. uti possidetis ansah [97]), statt des letzteren die Spolienklage für rechtlich begründet erachtete [98]), eine separate Klage auf Accessionen einer Forderung, wie Futterungskosten, gestattete [99]) ꝛc. keine Nichtigkeit gestützt werden könne; sowie, daß die Entscheidung über eine Entschädigungsklage nur unter der Voraussetzung als nichtig zu betrachten und deshalb aufzuheben stehe, daß dadurch entweder eine gesetzliche Bestimmung geradezu verletzt erscheine, oder daß ihre thatsächliche Grundlage mit dem Inhalte der Klage in offenbarem Widerspruche sich befinde [100]).

2. Auch die Anfechtung von Entscheidungen über die thatsächliche Begründung der Klage aus dem Grunde begangener

---

96) So wurde die Beurtheilung darüber: ob die sofortige Zurückweisung einer Klage, weil solche durch die angeführten Thatsachen rechtlich nicht begründet werde? Bühnsack g. Landgericht zu Fulda [6070] 17/3 1832; — darüber: ob die Natur einer Klage richtig aufgefaßt sey? Raab g. Halbleib [6427] 7/2 1840, nicht als Gegenstand einer Nichtigkeits-Beschwerde anerkannt; — in Erw.: „daß — die Entscheidung über die rechtliche Begründung der Klage — als ein Ergebniß richterlicher Beurtheilung sich darstellt und demnach, da weder eine Verletzung klarer gesetzlicher Vorschriften noch eine Hintansetzung wesentlicher Bestandtheile des Processes gezeigt worden, mit der N.-Beschwerde nicht angefochten werden kann", Metz g. Müller [8500] 9/11 1842.

97) Hüttenmüller g. Herquet [8343] 21/12 1844.

98) v. Bibra g. Langheld [473] 16/1 1848.

99) Abt g. Croll [2642] 1836.

100) Unter diesem Gesichtspuncte wurde demnach eine deshalbige Beschwerde als ungegründet zurückgewiesen, Faber g. Müller [8756] 9/12 1843.

Nichtigkeit unterliegt gleichen Voraussetzungen [1]. Darum wurde z. B. keine Nichtigkeit angenommen, als es sich um Entscheidung der Frage handelte: ob die auf Zahlung eines Reugelds gerichtete Klage factisch genügend substantiirt sey? [2]) ob eine Expromission oder Delegation in Betracht gezogen und in gleicher Weise für begründet erachtet werden könne? [3]), sowie, als in einem gewissen Geschäfte nicht eine Abrechnung, sondern nur eine Berechnung [4]) erkannt, ob die letztere als ungenügend zur Begründung der Klage erklärt [5]); ferner, ob eine Klage ohne vorgängige Caution wegen der Kosten [6]) zuzulassen sey, der Betrag dieser Caution sowie geschehen, bestimmt erscheine [7]); und weiter darüber entschieden wurde: ob gewisse Abgaben als auf einem Erbleihe-Verhältniß ruhend unablösbar seyen? [8]) ob die in der Klage des Querulaten enthaltene Bezeichnung eines Guts, als dessen Inhaber die Querulaten das geltend gemachte Recht (auf ein Laudemium) in Anspruch nahmen, als genügend zu erachten? [9]) ob ferner ein Individuum zur Uebernahme eines Meierguts als gehörig geeigenschaftet sich ausge-

---

1) Schwaner g. Daum [8644] 9/9 1846, in Erw.: „daß der Ausspruch, daß das der Klage zum Grunde gelegte Rechtsverhältniß durch das deshalbige Vorbringen nicht genügend begründet werde, als auf richterlicher Beurtheilung beruhend, als nichtig nicht anzufechten steht."

2) Meyer g. Wiegand [9177] 26/3 1845.

3) Ofenberg g. Krüger [901] 2/6 1847.

4) Ueber den Unterschied beider vergl.: Pfeiffer's prakt. Ausf. B. VIII. S. 112.

5) Wiegand g. Rohde [8618] 7/1 1843.

6) Koch g. Biermann [8288] 7/6 1842, in Erw.: „daß eine Nichtigkeit in der Zulassung der Klage ohne vorgängige Sicherheitsleistung wegen der Kosten um so weniger gefunden werden kann, als in der Klage und in dem derselben beigefügten Vertrage der Kläger als zu W. (im Inlande) wohnhaft bezeichnet ist."

7) Lecco g. v. Schellersheim, O. A. G. D. v. 15/4 1826.

8) vorausgesetzt, daß die deshalbige Entscheidung nicht willkürlich, sondern auf Grund actenmäßiger Momente, also vermöge richterlicher Beurtheilung, ertheilt war, Bröske g. v. Dallwigk [9311] 29/4 1844.

9) Israel g. v. Dallwigk [9093] 28/11 1843.

wiesen habe [10]), Quasibesitz einer Servitut oder Eigenthumsbesitz behauptet sey? [11]).

II. Dahingegen erscheint die Annahme einer Nichtigkeit als begründet, wenn eine Klage überhaupt nicht vorliegt, oder nicht resp. eine von mehrern Klagansprüchen gar nicht beurtheilt und darum zurückgewiesen wird [12]). Abgesehen von diesem, vornämlich unter den Gesichtspunct der Actenwidrigkeit resp. des Verstoßes wider die Rechtskraft früherer Bescheide fallenden, Grund, entsteht dann aber die vorzugsweise in Betracht kommende Frage: inwiefern durch Zurückweisung der Klage in Folge der Beurtheilung eine Nichtigkeit begangen wird?

Nach den in Hessen geltenden Grundsätzen ist die rechtliche Begründung jeder Klage schon von Amtswegen, auch ohne daß eine darauf sich beziehende Rüge des Verklagten vorerst abzuwarten wäre, nach den vorliegenden, thatsächlichen Behauptungen zu prüfen [13]), und es darf sich dabei nicht auf die vom Kläger geschehene technische Bezeichnung des Rechtsgrundes beschränkt [14]); vielmehr muß, nach Maßgabe jener Erwägung

---

10) Everding g. Möller [461] 3/6 1846.

11) Fern g. Schmidt [8600] 30/12 1842, in Erw.: „daß es lediglich der richterlichen Beurtheilung anheim fällt, ob in dem Vorbringen des Querulanten, „es sey von ihm und seinen Vorfahren seit unvordenklicher Zeit die für das bezeichnete Grundstück in Anspruch genommene Servitut ausgeübt worden", eine genügend deutliche Behauptung liege, daß der Besitz desselben in Folge des angegebenen Erwerbsgrunds auf ihn übertragen worden sey, oder, ob dadurch für ihn der Erwerb des Eigenthums an dem Grundstück selbst mittelst Verjährung begründet werde."

12) Daher wurde das Erkenntniß für nichtig erkannt, welches von den beiden klagenderseits vorgebrachten Klagansprüchen nur einen beurtheilt und dennoch die Klage zurückgewiesen hatte, Peil g. Mink [4117] 20/10 1838.

13) Hoffmann g. Klingelhöfer [7069] 21/9 1842. Hier war vom Obergericht, nachdem in der vorigen Instanz ein Beweisverfahren stattgefunden hatte, die Klage, als angebrachtermaßen verwerflich, zurückgewiesen und darüber, daß dieß geschehen sey, in letzter Instanz Beschwerde geführt worden.

14) Israel g. Lotz [8911] 22/8 1843. Dadurch wurde erkannt, daß die Annahme des O. Gerichts, die Klage sey nach dem ihr zum Grund gelegten Inhalt einer Urkunde als auf Constitut einer eigenen Schuld gerichtet zu betrachten, keine Actenwidrigkeit enthalte. — Zu bemerken ist hier freilich, daß wenn ein, zumal rechtskundiger, Kläger erklärt hätte, daß er diese und keine

von freiem Standpuncte aus, geeigneten Falls, wenn auch gegen die Ansicht mancher Schriftsteller in der neuern Zeit [15]), die Klage insbesondere dann sofort zurückgewiesen werden, wenn die Beurtheilung der Statthaftigkeit derselben auf einem unzweifelhaften Rechtssatz beruht [16]), — was z. B. von der wider Prohibitivgesetze angehenden gilt [17]), — oder wenn die in der Klage angeführten, oder aus den darin angezogenen Anlagen hervorgehenden Thatsachen die Schlußfolgerung nicht begründen, welche Kläger daraus zieht und nach der Klagbitte gegen den Verklagten geltend machen will [18]). — Verschieden von dem er=

---

andere Klage angestellt habe, alsdann der Richter nach den geltenden Grundsätzen der Verhandlungs=Maxime eine andere Klage seiner Beurtheilung zum Grunde zu legen nicht befugt erscheinen wird.

15) Mittermaier, im Archiv f. civ. Pr. B. V. S. 373, bestreitet die Bejahung der Frage: ob eine Klage wegen eines materiellen Mangels — fehlenden Rechts= oder Klag=Grunds — alsbald zurückgewiesen werden könne?

16) Diede g. Fisc. Pr., O. A. G. D. v. 1818; Völkel g. v. Hombergk, 29/10 1831.

17) wie dieß der Fall ist, wenn von Forderungen wegen des im Einzelnen auf Borg gegebenen Branntweins (Verordn. v. 26. May 1815 §. 19; dazu: des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VI. S. 50); — vom Verkauf der Früchte auf dem Halm (Schaumburg. Polizei=Ordn. v. 1615 Cap. 29; Reg. Ausschr. v. 29. May 1764; v. 4. Aug. 1795; v. Juli 1802; v. 2. Juli 1817) die Rede; — gegen die Vorschrift der Pachtproceß=Ordn. v. 14. August 1818 §. 1 der Pachtcontract schriftlich nicht errichtet worden ist. Für alle diese und ähnliche Fälle gilt der Grundsatz: daß, wenn durch Prohibitiv-Bestimmungen das Klagrecht ausdrücklich und unbedingt versagt worden ist, von Amtswegen, — also auch in Ermangelung eines bestimmten deshalbigen Vorbringens des Verklagten, — die Klage verworfen werden muß; dieß ist in Beziehung auf den letzten Fall ausgesprochen worden in S. Möller g. Stuckhardt [2600] 1836.

18) Proceßordn. v. 5. Sept. 1745 §. 1; — v. Meyerfeld g. Fisc. Pr., 7/9 1833; Scheidemann g. Fisc. Pr. [9604] 23/1 1847, in Erw.: „daß nach der Vorschrift im §. 1 a. a. O. eine Klage alsdann sofort und ohne vorgängige Mittheilung an den Verklagten zurückgewiesen werden muß, wenn der Libell und das Petitum nicht concludent sind; dieß aber alsdann der Fall ist, wenn die der Klage zum Grund gelegten Thatsachen, ihre Wahrheit vorausgesetzt, als die Klagbitte rechtlich zu begründen nicht geeignet sich darstellen." — Für das Fürstenthum Hanau wurde im Tit. XI. §. 13 der Hanauer Hofger.=Ordn. v. 17. Jan. 1747 bestimmt: „daß — alle auf keine Weise zu salvirende libellos in substantialibus ineptos von Amts wegen, — alsofort — mit Beyfügung der

wähnten ist hiervon der Fall, wenn das Proceßgericht [19]) die Klage angenommen, Verhandlungen darüber eingeleitet, ungeachtet dessen aber jene darauf zurückgewiesen hat. Ob es aber dadurch, mit Rücksicht auf das Klagmittheilungs-Decret, eine Nichtigkeit begehe? ist eine Frage, die zwar mehrfach angeregt, aber unter der Voraussetzung stets verneinend in der Praxis entschieden worden ist, daß nicht durch Vorbescheid die Klagbegründung ausdrücklich angenommen worden [20]),

---

Ursache: warum die Klage angebrachtermaßen nicht statt habe? zu rejiciren oder doch wenigstens super ineptitudine im ersten Verhörstermin zu erkennen — sey ꝛc." Wenn gleich hier nur von inepten Klagen die Rede ist, unter solchen aber nur die zu verstehen sind, aus denen nicht zu ersehen steht, worauf die Klagbitte sich stützt, deren Prämissen namentlich verworren hingestellt und mit jener in logischen Zusammenhang nicht zu bringen sind, und es demnach scheint, daß jene Vorschrift nicht auf solche Klagschriften zu beziehen sey, sondern auf die, wider welche sich einwenden läßt, daß das vorgetragene Factum nicht genügende Momente enthalte, um darauf die gebetene Verurtheilung zu gründen, die also unbegründet sind und über welche, nach der präsumtiven Tendenz jenes Gesetzes, erst nach stattgehabten Verhandlungen zu entscheiden ist, — so wurde doch in einem Falle, wo dieß Bedenken zur Sprache kam, die in der v. Instanz erkannte alsbaldige Zurückweisung der Klage für richtig erkannt, Schuffert g. Fisc. Pr. [9978] 1828.

19) Von dem oberen Richter ist hier nicht die Rede.

20) v. Buttlar g. Hosbach [7501] 10/2 1841. Dadurch wurde erkannt, daß die Zurückweisung einer Klage als unbegründet nach gepflogenen Verhandlungen durch den Richter, welcher die Klage und die Verhandlungen zugelassen habe, im Allgemeinen für unzulässig nicht gehalten werden, insonderheit ein Widerspruch zwischen dem zurückweisenden endlichen Erkenntnisse und einem vorausgegangenen Vorbescheide um so weniger gefunden werden könne, wenn dieser weder einen Ausspruch über die Begründung der Klage noch die Bestimmung eines Beweissatzes enthalte"; — Vorstand d. Kirche zu Bracht g. Ammenhäuser [6685] 18/1 1843, in Erw.: „daß die mit der Appellation verbundene Nichtigkeits-Beschwerde als ungegründet erscheint, da das Landgericht durch die verfügte Mittheilung der Klage zur Vernehmlassung so wenig gehindert war, dieselbe noch durch Bescheid als mangelhaft zurückzuweisen, als ein Widerspruch zwischen diesem Bescheide und zwischen dem Erkenntnisse in den älteren Acten, wodurch die Widerklage zurückgewiesen wurde, besteht." — Eben so nach der Hanauer U. G. Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. VII §. 7, dahin: „Hätte — der Richter die Klage — allenthalben von anfang so genau nicht eingerichtet und fände in dem Verfolg einige Mängele, so kann und soll er solche vor der Sachen Final-Entscheidung auf alle mögliche Art jederzeit zu salviren, mithin dem Kläger vergebliche Kosten und Schäden abzuwenden suchen"; indem in Beziehung darauf erkannt wurde: in Erw., „daß die — Nichtigkeits-Beschwerde sich als grundlos

oder nicht etwa im Laufe des Verfahrens vom Verklagten die Klage unbestritten geblieben und nur mit einer Einrede sich vertheidigt worden war; indem hier namentlich das Gericht mit den Verhandlungen in Widerspruch geräth, wenn es gleichwohl die Klagbegründung von Neuem zum Gegenstand seines Erkenntnisses macht [21]).

Kapitel IX.

§. 44.

Insonderheit rücksichtlich der Sachlegitimation.

Jede gerichtliche Rechtsverfolgung ist durch eine zwiefache Voraussetzung bedingt: die der rechtlichen Existenz des in Anspruch genommenen Rechts und die der darauf sich beziehenden Verbindlichkeit einer-, sowie die der Legitimation der aufgetretenen Theile, hierüber zu streiten, andererseits. Jene Existenz bildet die Klagbegründung, diese Berechtigung die Sachlegitimation. Sind die Thatsachen, wodurch diese beiden Voraussetzungen hergestellt werden, identisch, dann ist mit der Klagbegründung auch die Sachlegitimation von selbst berichtigt; im gegentheiligen Falle aber bedarf sie einer besondern Nachweisung. Dieß letztere tritt ein, wenn ein ursprünglich fremder Anspruch verfolgt wird, oder wenn dessen Geltendmachung gesetzlich an das Vorhandenseyn einer besondern Qualität dessen, welcher ihn anspricht, gebunden ist. In jedem dieser Fälle würden die Streitenden beim Mangel der gedachten Legitimation offenbar zum Streite selbst nicht berechtigt, dieser selbst würde daher zwecklos und, wenn unter Dritten geführt, den wirklich Be-

---

darstellt, — indem die Zurückweisung einer einmal zugelassenen und zur Erklärung mitgetheilten Klage weder überhaupt, noch insbesondere durch die in Bezug genommene" (vorgedachte) „Stelle der Han. U. G. Ordnung für ausgeschlossen zu halten ist, — insbesondere die (jene) Bestimmung — wenn man sie auch auf den vorliegenden Fall, wo die Klage schriftlich überreicht worden ist, für anwendbar halten wollte, doch keinenfalls die Prüfung des Richters, ob die Klage aufrecht zu erhalten stehe, ausschließt und eine etwaige unrichtige Ansicht keinen Stoff zu einer Nichtigkeits-Beschwerde abgeben kann", Frischmann g. Eberhard [8238] 31/5 1842.

21) Haust g. Fisc. Pr. [9708] 2/9 1845.

theiligten nicht präjudicirlich, vielmehr für die Sache selbst erfolglos erscheinen. Es bildet daher die Sachlegitimation in denjenigen Fällen, wo sie nicht mit der Klagbegründung zusammenfällt, insoweit eine Erweiterung des Klaggrunds, als mit der Herstellung des letzteren allein das verfolgte Recht noch nicht erlangt werden kann, vielmehr hierzu auch noch die Feststellung jener weiteren Voraussetzung nöthig wird. Darum aber hört letztere nicht auf, ein von der Klagbegründung factisch und rechtlich verschiedenes Element zu seyn, was um so mehr getrennt gehalten werden muß, als rücksichtlich ihrer Wirkungen beide wesentlich von einander verschieden sind, wie dieß bei der Beweisauflage, sowie bei den Folgen des Mangels der Sachlegitimation und der für beide modificirt eintretenden richterlichen Thätigkeit sich ergibt [22]).

Die Frage nun: welche Wirkung im Fall eines Mangels der Legitimation zur Sache eintreten müsse? würde zufolge jener Vorbemerkung, nach den Grundsätzen, welche von der Klagbegründung überhaupt gelten, zu entscheiden seyn; es ist aber die Sache in der neuern Zeit, abweichend von der in früherer Zeit herrschend gewesenen Ansicht angesehen worden.

Ehedem wurde nämlich jener Mangel zu den insanabiles defectus aus der Person der Partei betrachtet, welche nach dem J. R. Absch. §. 122 die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehen müsse. Die Doctrin nahm demzufolge an, daß das Judicium nicht zu Recht beständig sey und daß absolut die Nichtigkeit des Urtheils eintrete, wenn die Sache nicht unter den richtigen Parteien verhandelt worden sey, oder es an der activen und passiven Legitimation zur Sache fehle und dieser Mangel nicht noch zu heben stehe; indem Niemand ohne besondere Gründe das Recht eines Dritten mit Erfolg gerichtlich verfolgen und vertheidigen könne [23]). Hiermit stimmte insonderheit auch die ältere Praxis des hessischen O. A. Gerichts

---

22) Vergl. Danz, ord. Proc. §. 124, 125; Gönner, Handb. Th. I Abh. XV; Grolman, Theorie §. 56; Martin, Lehrb. d. Proc. §§. 34, 35; Gensler, Abhandl. V §. d—l; Linde, Lehrb. §§. 115, 116.

23) Heffter, Instit. S. 75, 275; Linde, Lehrb. d. Proc. §. 116 und Not. 3.

dergestalt überein, daß danach die Legitimation zur Sache in jeder Lage der letzteren, selbst noch in der Appellations-Instanz, und nicht blos auf eine deshalbige Einwendung, sondern selbst von Amtswegen berücksichtigt resp. die aus deren Mangel erwachsende Nichtigkeit ausgesprochen wurde [24]). Zwar nahm man an, daß, wenn die Thatsachen, welche die Sachlegitimation begründen, angeführt seyen, solche, wie andere factische Umstände, selbst in den Ungehorsam, als richtig und dergestalt die Sachlegitimation berichtigend angesehen werden könnten [25]); zugleich aber, daß, wenn dergleichen Thatsachen, auf deren Beweis etwa noch zu erkennen sey, nicht angeführt worden wären, der Mangel der Sachlegitimation selbst noch in letzter Instanz berücksichtigt und darauf hin die Klage zurückgewiesen werden müsse [26]), und es läßt sich nicht leugnen, daß die Beziehung jenes Defects auf die Substantialien des Processes [27]), welcher nach der angezogenen reichsgesetzlichen Bestimmung eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben soll, consequent zu der Annahme führte, daß nach ergangenem Endurtheile und dawider bereits eingewandter Appellation diesem Mangel nicht mehr abzuhelfen stehe [28]). Von diesen Grundsätzen wurde namentlich ausgegangen, wenn der letztere auf den Verklagten sich bezog [29]); denn wiewohl auch wider einen unrichtigen Verklagten, qui liti se obtulit, insofern dem Kläger jener Mangel unbekannt wäre, ein verurtheilendes Erkenntniß ertheilt werden kann [30]), so, sagte man, setze dieß doch voraus, daß auf Etwas geklagt worden sey, was der Verklagte zu leisten im Stande sich befinde, indem außerdem

---

24) v. Westernhagen g. Lindenberg [3867] 1821; Faßhauer g. Schneider [4312] 1822; Eidam g. Geisler [7053] 1824; Stadt Eschwege g. Spillner [112] 1828; Epstein g. Landvogt [1251] 1830; Schmidt g. Pistor [321] 1833; Cassl. Krankenbesuchsverein g. Gans [4874] 1834; Fuhrmann g. Hupfeld [4009] 1834.

25) Hebeler g. Bödiger [7070] 1824.

26) Eidam g. Geisler [7053] 1824.

27) Decis. Cass. T. III dec. 72.

28) Amt Meerholz z. S. Mendle g. Aron [5496] 1823.

29) Maier g. Fisc. Pr. [3232] 1830.

30) l. 13 §. 13; l. 45 D. de hered. pet. (5. 3); — Glück's Com. Th. VII S. 525.

jene Handlungsweise nur einen Entschädigungs-Anspruch würde begründen können.

Nach einer, jene frühere Auffassung berichtigenden, Ansicht einer geläuterten Lehre ist dagegen in späterer Zeit die Legitimation zur Sache als ein Theil, eine Erweiterung, des Klaggrundes betrachtet worden [31]). Und hiernach ist es also möglich, daß, ungeachtet ein materieller Mangel rücksichtlich derselben vorhanden ist, z. B. die behauptete Cession einer Forderung in der That nicht stattgefunden hat, dennoch in Folge eines Verzichts ein nicht weiter anfechtbares Recht begründet werden kann [32]). Denn als rechtliche Folge dieser, von der früheren, abweichenden, Doctrin ergibt sich nothwendig, daß für die Sachlegitimation, als Erweiterung des Klaggrundes, wie für diesen überhaupt, die gemeinrechtlichen Grundsätze eintreten, der Richter daher zwar beide von Amtswegen zu prüfen hat, sie aber gleichwohl der Disposition der Parteien unterliegen und also sowohl in den Ungehorsam darüber entschieden werden, als stillschweigends eine deshalbige Aburtheilung erfolgen kann. Und nach dieser Auffassung wurde denn auch in Hessen die frühere Praxis modificirt. Danach wird nämlich:

I. die Legitimation zur Sache als Theil des Klaggrunds betrachtet [33]). Wenn daher abgeleitete Rechte eingeklagt worden sind, so muß zur Begründung der Klage die Art des Uebergangs angeführt werden, und verurtheilt demnach der Richter auf den Grund dieser Klage, wenn auch in den Ungehorsam, so erkennt er damit zwar stillschweigends, aber in schlüssiger Weise, über die Sachlegitimation, und ein etwaiger Einwand dagegen ist deshalb wie jeder andere zu beurtheilen, unterliegt, wie jeder andere, der Verspätung und bedarf, insofern diese eintritt, der Restitution [34]). So steht z. B. die Thatsache der

31) Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 82 fg. Vergl.: Wetzell, System, §. 16 (S. 95).

32) Derselbe, a. a. O. S. 99 fg.

33) Brandenstein g. Flachshaar, 1833; Bode g. Scheffer, 1833; Zink g. Z., 1835; Beck g. Becht, 1835.

34) Gem. Langenselbold g. Sußmann [3121] 13/6 1836; v. Malsburg g. Wertheim, 1833; Hebeler g. Böddiger, 1824.

Erben-Eigenschaft mit der Fähigkeit der Parteien zur Proceßführung nicht in so wesentlichem Zusammenhange, daß dieselbe von dem Gerichte, unabhängig von den Erklärungen der Parteien und den gesetzlichen Folgen des Unterbleibens solcher Auslassungen [35]), beurtheilt werden müßte [36]). Ohne daß es übrigens einer endlichen Entscheidung in dieser Hinsicht bedürfte, genügt es, daß z. B. die Klage durch irgend einen gerichtlichen — gleichviel welchen, wenn nur der Rechtskraft fähigen — Ausspruch, einen Vorbescheid, z. B. ein Interlocut, die Sachlegitimation für begründet erkannt [37]), durch einen Verzicht des Gegners dieselbe außer Zweifel gestellt wird [38]).

---

35) wie sie namentlich in Hessen durch das Gesetz v. 16. Septbr. 1834 §§. 17 und 18 angedroht worden sind.

36) Pfitzemeier g. Kornberg, 1835. Eine Ehefrau wurde hier als Erbin ihres Ehemannes wegen Zahlung des Klagobjects in der Executions-Instanz in Anspruch genommen und vom Gerichte zur Erklärung über jene Eigenschaft unter Androhung des Rechtsnachtheils aufgefordert. Sie versäumte aber die Frist und es erfolgte nun ein Contumacial-Erkenntniß. Hier wurde die darüber eingewendete Berufung in höchster Instanz aus dem im Text angeführten Grunde zurückgewiesen.

37) v. Ditfurth g. v. Asseburg, 1831; Hechinger g. Lasalle, 1835. Auch in späteren O.-A.-G.-Entscheidungen ist anerkannt worden, daß, nachdem in einem Rechtsstreite eine rechtskräftige Entscheidung erfolgt sey, ein etwaiger Mangel der Sachlegitimation, da diese nur einen Theil der dem Verzichte der Streittheile unterworfenen Klagbegründung ausmache, keineswegs, gleich der Proceßlegitimation, noch weiter zu berücksichtigen stehe, Rotenburger Legatencasse g. F. Hohenlohe [6550] 9/6 1841, Pfeil g. Pfeil [9062] 8/6 1844; Simon g. Fisc. Pr. [8985] 8/6 1844.

38) Daher wurde erkannt: daß die vom Verklagten dem Kläger gegenüber geschehene Anerkennung der Richtigkeit der eingeklagten Schuld zugleich die Anerkennung der Sachberechtigung der Kläger enthalte, in S. Gem. Kilianstädten g. Kahn [3881] 17/12 1836; und weiter: „daß die Legitimation der Sache nicht in der Weise der Einwirkung der streitenden Theile entzogen erscheine, daß den von ihnen in dieser Beziehung gemachten Zugeständnissen nicht volle rechtliche Wirkung beizulegen wäre", Pfeiffer g. P. [103] 19/9 1840; auch in Beziehung auf die als Vertreter einer Synagogen-Gemeinde aufgetretenen Aeltesten wurde, da diese ihre Eigenschaft stillschweigends vom Gegner nachgegeben worden sey, angenommen, es fehle an allem Grunde, diese Eigenschaft von Amtswegen noch in Zweifel zu ziehen und wegen Mangels ihrer Nachweisung den Amtsbescheid als nichtig aufzuheben, Westheim g. Abteroder israel. Synag.-Gem. [1696] 24/6 1850.

Zweifelhaft könnte es erscheinen, ob diese Wirkung auch alsdann eintrete, wenn, den Acten zufolge, nur die Möglichkeit einer solchen Legitimation vorläge, die wirkliche Annahme aber mehr auf der richterlichen Erklärung beruhte, daß die dafür vorliegenden Momente für jene Annahme als zureichend sich darstellten. Denn wenn auch, so kann man sagen, diese Erklärung nicht ausdrücklich abgegeben zu seyn braucht, so darf es doch an jenen factischen Momenten nicht absolut fehlen; indem eben so wenig wie eine Klage, welcher es schlechthin an jeder Begründung gebricht, durch ein rechtskräftiges Interlocut allein aufrecht erhalten zu werden vermag, dieß auch bei einer Verhandlung geschehen kann, der es an der Berechtigung der Streittheile zur gerichtlichen Verfolgung eines vermeintlichen Rechtes schlechthin fehlt. Wie indeß jener absolute Mangel der Klagbegründung dadurch geheilt wird, daß, nachdem die letztere in das Beweisinterlocut mit übertragen worden, die Parteien dabei sich beruhigen, so läßt sich derselbe auch rücksichtlich der Sachlegitimation alsdann in gleicher Weise saniren, wenn der Klage im Beweisinterlocut eine andere Begründung gegeben wird, in Beziehung auf welche dann die Sachlegitimation als vorhanden anzunehmen ist.

II. Die Nichtigkeitsbeschwerde, welche sich blos auf den Mangel der Sachlegitimation gründet, ist mithin, zufolge des Bisherigen, alsdann wenn in Beziehung auf dessen Geltendmachung ein Verzicht, — gleichviel ob ein ausdrücklicher oder zu folgernder — vorliegt, unbegründet[39]). Daher enthält

---

39) Groß g. Pfeiffer [4355] 1838. Hier wurde mit Rücksicht auf die wider ein Erkenntniß eingewendete N.-Beschwerde ausgesprochen, daß bei den in Mitte liegenden Vorbescheiden (vom J. 1834) auf die einen Bestandtheil der Klage bildende klägerische Sachlegitimation nicht mehr zurückgegangen werden könne, die darüber erhobene N.-Beschwerde mithin nicht begründet sey; Gem. Herlinghausen g. Gem. Ersen [8461] 21/2 1844. Dadurch wurde die N.-Beschwerde wider ein späteres Erkenntniß, weil der Mangel der Sachlegitimation durch frühere rechtskräftige Vorbescheide beseitigt war, ebenwohl verworfen. Und so ist es denn auch zu verstehen, wenn in einer weiteren O. A. G.-Entscheidung in S. Hasenauer g. Fink [9393] 4/3 1846, gesagt wurde: „daß — die Behauptung, wie es dem Querulaten an der activen Sachlegitimation fehle, worin eine das Verfahren treffende Nichtigkeit liegen soll, überall nicht zur Begründung einer solchen sich eignet, da die active Sachlegitimation lediglich zur Klagbegründung gehört.“

denn auch die Entlassung eines früher aufgetretenen Streittheils aus dem Processe, wobei beide Theile sich beruhigen, keine Nichtigkeit [40]).

III. Abgesehen hiervon ist aber allerdings ein Erkenntniß, worin der Mangel der Sachlegitimation übersehen wird, nichtig. Liegt also kein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht, zufolge der Auslassungen der Parteien, insonderheit des Gegners Desjenigen, um dessen Legitimation es sich handelt, vor, so kann nun nicht etwa, wie dies bei der Proceßlegitimation außer Zweifel ist, das Gericht von Amtswegen die Beseitigung des Mangels, z. B. in Vertretung einer Wittwencasse [41]), ꝛc. durch Ertheilung eines Prälocuts veranlassen [42]). Es zeigt sich also der Unterschied zwischen beiden Arten der Legitimation von der praktischen Seite eben darin, daß in Fällen solcher Art, wo nur die Proceßlegitimation in Frage steht, bei erfolgter Einleitung der Verhandlungen, deren Berichtigung durch eine solche Vorverfügung versucht werden kann; wohingegen, wenn es sich von einen Jemandem zustehenden Klagrecht, also auch der Sachlegitimation, handelt, auf den Grund jenes Defectes die Abweisung der Klage sofort erfolgen muß [43]). Die Folge dieser Annahme ist denn auch hier die, daß nur auf dem Wege der Beschwerdeführung die entsprechende Abänderung herbeizuführen steht [44]).

---

40) v. Trümbach g. Gem. Wehrda [4745] 30/1 1839, „da eine solche Entlassung, zumal bei untheilbaren Streitgegenständen, selbst wenn sie mit Unrecht geschehen wäre, keinen so wesentlichen Mangel in dem Legitimationspuncte zur Folge hat, um demselben von Amtswegen in der höheren Instanz abhelfen zu müssen."

41) Hanauer Wittw.-Casse g. Poppelmann [8298] 5/10 1842.

42) Brauvorstand zu Sontra g. Hagen [8352] 4/1 1845; vergl.: Binge g. Wannemacher [3498] 1837; Fisc. Pr. z. S. Strumpel g. Schn. [6778] 1840.

43) Diese wurde denn auch z. B. erkannt in S. Gem. Oberkaufungen g. Stift K. [6529] 1838. Und so wurde in einem andern Falle, wo beide Parteien über die Rechtsnachfolge als Erben einig waren, angenommen, daß der Richter die Erbverhältnisse näher zu erforschen nicht befugt erscheine, Anacker g. Bauer [4193] 7/2 1838.

44) Daher wurde erkannt, daß einer die Sachlegitimation betreffenden Beschwerde, welche in der Mittel-Instanz nicht vorgeschützt worden war, in der höchsten Instanz durch die Behauptung Eingang nicht verschafft werden könne,

IV. Schließlich ist noch zu bemerken:

1. in Beziehung auf die Rubrik der Proceßsachen: a. daß wenn nach erfolgtem Ableben des ursprünglichen Streittheils jene auf dessen Erben nicht abgeändert worden ist, während gleichwohl der Anwalt, vermöge der in der Vollmacht enthaltenen clausula heredum, für die Erben handelte, durch diesen Mangel der Rubrik-Berichtigung die Verhandlungen nicht ungiltig werden [45]; und b. daß eben so wenig durch Unterlassung der Mitaufführung des Querulanten in der Rubrik der Beschwerdenschrift des Querulaten in der vorigen Instanz [46]), als

2. durch die Annahme: der bloße Besitz einer Urkunde, z. B. eines Wechsels auf Seiten des Querulanten, sey zu dessen Legitimation ungenügend, — ein Verstoß wider wesentliche Vorschriften des gerichtlichen Verfahrens begründet wird [47]).

Kapitel X.

§. 45.

Desgleichen in Betreff der Klagenhäufung.

Bei der Frage: ob in der Zulassung einer Häufung von Klagen zu gemeinsamer Verhandlung eine Nichtigkeit begründet gefunden werden könne? ist hier nur von der Unterscheidung die Rede zwischen der objectiven, vermöge welcher mehrere Ansprüche gleichzeitig und in Verbindung von demselben Kläger wider denselben Verklagten verfolgt werden sollen, — und der subjectiven, wonach von mehreren Klägern gegen einen Verklagten, oder von einem Kläger gegen mehrere Verklagte, oder

---

daß auf einen deshalbigen Mangel der Richter schon von Amtswegen Rücksicht nehmen müsse, da auch ein in Beziehung auf die Sachlegitimation zur Beschwerde gereichender Ausspruch eben so, wie die irgend einen andern Theil des Klaggrunds betreffende Entscheidung nicht von Amtswegen, sondern nur auf dem, unter Beobachtung der Regeln von dem Instanzenzuge eingeschlagenen, Wege der Beschwerdeführung, vom höheren Richter abgeändert werden dürfe, Sinning g. Werner [4065] 14/6 1837.

45) Fisc. Pr. g. Mensing [8522] 8/5 1844.

46) Kreß g. Hartmann [6714] 27/4 1846.

47) Henkel g. Mickeler [9550] 30/10 1844.

von mehreren Klägern wider mehrere Verklagte Klagen angestellt werden [48]).

I. In Ansehung jener Cumulation ist zwar nach gesetzlichen Bestimmungen deren Zulässigkeit durch das Vorhandenseyn der Connexität der Klagen selbst bedingt [49]), durch die Praxis aber auch in Ermangelung derselben jene Folge der Cumulation unter der Voraussetzung zugelassen, daß die der Klage zum Grund gelegten Thatumstände nicht mit einander im Widerspruche sich befinden. Ist das nicht der Fall, alsdann nimmt man an, es thue der Zulässigkeit keinen Eintrag, wenn die Richtung der mit einander in Verbindung gebrachten Klagen eine verschiedene sey. Nach Maaßgabe des Vorhandenseyns oder Nichtvorhandenseyns jenes Requisits ist demnach in dem ersten Fall z. B. die Verbindung der negatorischen mit der confessorischen [50]), der Eigenthums- und der Theilungs- [51]), der Erbschaftsklage mit der Klage aus der Obligation [52]), der Klage auf Wiedereinräumung mit der eventuellen auf Schutz im Besitze [53]) für statthaft, — im andern Falle aber z. B. die auf eine Conventionalstrafe mit der auf Contracts-Erfüllung [54]), die auf Edition einer Urkunde gerichtete mit einer andern Klage, welche zu ihrer factischen Begründung wesentlich eben jener zur Zeit noch nicht vorliegen-

---

48) Ueber die Frage: ob mehrere Klagen alternativ mit einander cumulirt werden dürfen? vergl. Wetzell, System §. 63 (S. 681 fg.)

49) Wetzell, a. a. O. S. 679 fg.

50) Hupfeld g. Stadt Oldendorf [3402] 9/11 1836; Seelig g. Wille [6286] 2/10 1839.

51) Prehmer g. Koch [6340] 5/2 1842; Winzenborn g. Bernhard [9494] 11/12 1844.

52) Moog g. Ludwig [6126] 11/4 1840.

53) Kaiser g. Kersting [1683] 14/5 1852, in Erw.: „daß — eine unstatthafte Klaganhäufung wegen Widerspruchs der vorgebrachten verschiedenen Klagrichtungen unter einander nicht anzunehmen ist, — da die in der Klage behaupteten Thatsachen in keiner Weise mit einander im Widerspruche stehen; — es aber nicht für unzulässig gehalten werden kann, in der nämlichen Klage die verschiedenen möglichen Auffassungen über das durch die Klagangaben begründete Verhältniß hervorzuheben und, wenn sich dieselben gegenseitig widersprechen und ausschließen, alternativ an jede derselben, wie hier vom Kläger geschehen ist, die entsprechende Bitte anzuknüpfen."

54) Rühl g. Oldencott [8937] 8/1 1848.

den Urkunde bedurfte [55]), für unzulässig erachtet worden. Ob aber in einer gegentheiligen Annahme eine Richtigkeit zu finden sey? wird in jedem einzelnen Fall zu prüfen seyn.

II. In Betreff der subjectiven Klagenhäufung ist die eigentliche, eine Einheit des Rechts oder der Verpflichtung voraussetzende Streitgenossenschaft, von der nur relativen, welche als Verbindung mehrerer Kläger oder Verklagten auf der Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zwecks aus einem factisch und rechtlich gemeinsamen Grunde beruht, dergestalt unterschieden, daß die aus ihr hergeleitete Einrede durch die Existenz jener (Streitgenossenschaft im engern Sinne) ausgeschlossen wird [56]). Die Frage hinsichtlich der Zulässigkeit der subjectiven Klagenhäufung, welche früher von den meisten Schriftstellern verneint worden war [57]), wurde in der neuern Zeit einer Prüfung unterzogen. Schon Heffter [58]) bemerkte, daß das neuere römische Recht die gleichzeitige Behandlung subjectiv verschiedener Klagen nicht gerade verbiete, der Richter vielmehr solche gestatten könne, so lange eine Einheit des Verfahrens stattfinde oder stattfinden könne, im entgegengesetzten Falle aber auf Trennung der verschiedenen Sachen erkannt werden müsse. Auch Linde [59]) vertheidigte diese Ansicht und berief sich zugleich auf einige Stellen des römischen Rechts [60]); deren Anwendbarkeit jedoch, ungeachtet wiederholter Vertheidigung derselben [61]), von verschiedenen Seiten [62]) und aus dem Grunde bestritten worden ist, weil in der zuerst (in der Note 60) erwähnten Stelle, nach richtiger Erklärung, nur von einem Kläger und einem Verklagten wegen Theilung mehrerer Erbschaften, in der zuletzt gedachten aber von einem Litisconsortium die Rede sey. Andererseits wurde von

55) Lauterbach g. Kaufmann [8378] 16/4 1845.

56) Heinemann g. Fisc. Pr. [7978] 21/10 1843.

57) Vergl. z. B. Martin, Proc. §. 147, und die bei Müller in der Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. B. I S. 308 Not. 1 angeführten Schriftsteller.

58) Institut. d. Proc. S. 85.

59) Civilproc. (2. Aufl.) §. 193.

60) l. 25 §. 4 D. fam. ercisc. (10. 2); l. 52 §. 4 D. pro soc. (17. 2).

61) Linde, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. B. I S. 316 fg.

62) Müller, a. a. O.; Hugo in d. Recension des in der v. Note gedachten Bandes in den Göttinger gelehrt. Anzeigen v. J. 1828.

Müller (a. a. O.) gleichfalls die gemeine Meinung hinsichtlich der absoluten Unzulässigkeit der subjectiven Klagenhäufung angegriffen und nachzuweisen gesucht, daß die dafür gewöhnlich in Bezug genommene Beweisstelle [63]) diesem Zwecke nicht diene, daß zwar die Unzulässigkeit der subjectiven Klagenhäufung in abstracto nicht zu behaupten, die Zulässigkeit in concreto aber alsdann vom Richter zu verneinen sey, wenn im einzelnen Falle die Proceßführung dadurch erschwert oder verwirrt werde, was bei der subjectiven Klagenhäufung eher als bei der objectiven vorkommen könne. Danach soll denn schon alsdann, wenn eine rechtliche Gleichartigkeit oder Aehnlichkeit der Gründe und Beweise für die einzelnen Sachen und folgeweise die Möglichkeit ordnungsmäßiger Verhandlung der mehrere Ansprüche in demselben Verfahren zu erwarten sey, eine subjective Klagenhäufung zugelassen werden [64]). Dem entgegen ist indeß von Wetzell [65]) nachgewiesen worden, daß die in den Quellen vorkommenden Beispiele [66]) auf einen gemeinsamen Streitpunkt hinweisen und zu der Annahme nöthigen, daß die subjective Klagenhäufung in der innern Beziehung der Klagen auf einander, d. h. in der Einheit des Rechtsverhältnisses ihre Voraussetzung habe und keinen andern Zweck verfolge, als dem Richter die Berücksichti-

63) l. 6 D. de exc. rei jud. (44. 2). Allerdings redet diese nicht von der subjectiven Klagenhäufung, sondern stellt nur ganz im Allgemeinen den unbestrittenen Satz auf: daß man wegen entgegenstehender Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht dasselbe Object mit verschiedenen Klagen abermals verlangen könne.

64) Ueber die Literatur für diese Annahme vergl. Wetzell, System §. 63 S. 672 Not. 26.

65) a. a. O., S. 670 fg.

66) Abgesehen vom Falle der Betheiligung mehrerer Erben wird die subjective Klagencumulation im röm. Recht zugelassen, wenn der Mündel wider die Mitvormünder, der Gläubiger gegen mehrere Mandatoren oder mehrere durch dasselbe Geschäft pro rata oder in solidum verpflichtete und gegenseitig als Bürgen verhaftete Schuldner klagt, wenn die Miteigenthümer eines Grundstücks mit der a. finium regundorum einen Nachbarn belangen oder von ihm belangt werden, wenn Mutter und Sohn einem Dritten gegenüber ihre Freiheit geltend machen, wenn Mehrere auf den Grund ihres Miteigenthums oder der Concurrenz von Eigenthum und Nießbrauchsrecht einem Dritten die Freiheit bestreiten, Wetzell, a. a. O., S. 670 Not. 17—23.

gung dieses Zusammenhangs möglich zu machen[67]; dahingegen widerlege sich jene weiter gehende Ansicht indirect durch den den Umstand, daß die Verbindung subjectiv verschiedener Ansprüche eben nur auf Grundlage der Connexität erwähnt werde[68]). Diese Annahme hat man auch in der Praxis gebilligt. Zunächst wurde im Allgemeinen anerkannt, daß die subjective Klagenhäufung, — möge sie auf die Kläger, oder auf die Verklagten, oder auf beide bezogen werden —, soweit sie außer einer Streitgenossenschaft liegt, ausdrücklich weder anerkannt, noch verboten und in dieser Unterstellung dem Princip der Zweckmäßigkeit Einfluß auf Entscheidung der Frage rücksichtlich der Zulässigkeit nicht zu versagen sey. Darnach bezieht sich also die Pflicht des Richters eben sowohl darauf, eine Vervielfältigung der Rechtsstreite als eine Verwirrung in den Verhandlungen zu verhüten. Bei der Zulassung waltet aber alsdann ein Bedenken nicht ob, wenn eine materielle Connexität, eine rechtliche und thatsächliche Gleichartigkeit der Gründe und Beweise sich kund gibt. Dies ist insonderheit der Standpunct auf welchem namentlich die hessische Praxis sich befindet, indem danach die Statthaftigkeit der subjectiven Klagenhäufung als durch die Voraussetzung bedingt erachtet wird, daß durch die Klage ein gemeinsamer Zweck aus einem rechtlich und factisch gemeinschaftlichen Grunde verfolgt werde[69]).

---

67) Wetzell, a. a. O. Not. 16.

68) Derselbe, a. a. O. S. 672 Not. 28.

69) Da auf eine nähere Entwickelung dieser Praxis hier nicht eingegangen werden kann, so muß es genügen, einige Entscheidungen hier zu erwähnen, und zwar 1. soweit von mehreren Klägern die Rede ist: a. Als mehrere Gemeinden wider den Staat wegen Besitzes eines Beholzigungsrechtes klagten, wies das O. A. Gericht die Klage zurück, in Erw.: „daß eine subjective Klagenhäufung nur unter den rechtlichen Bedingungen einer Streitgenossenschaft zulässig ist, diese aber wesentlich voraussetzt, daß die zusammen aufgetretenen Kläger einen gemeinschaftlichen Zweck aus einem rechtlich und factisch gemeinschaftlichen Grunde verfolgen; — daß, wenn auch vorliegend von den Klägerinnen ein gleicher Zweck, aus einem gleichen juristischen Grunde, verfolgt wird, es doch in der erhobenen Klage an der Darlegung eines ihnen gemeinschaftlichen factischen Grundes und so an der wesentlich erforderlichen Identität ihres Klaggrundes fehlt, indem in der Klage nicht etwa behauptet wird, daß die Klägerinnen den ihnen angeblich erworbenen Besitz als ihnen vermöge einer Gemeinschaft zu-

Was nun die Folge einer unstatthaften subjectiven Klagenhäufung betrifft, so muß zwar solche nicht nothwendig [70]), sie kann aber in Folge der Proceßdirection, zur Abwendung

---

stehend und so als ein einziges Ganze ausgeübt haben und hiernach der Besitz der drei Klägerinnen als Gegenstand eines besondern Rechtes einer jeden einzelnen von ihnen erscheint; — wobei es nur als eine Zufälligkeit betrachtet werden kann, daß dieser Besitz von gleicher Beschaffenheit seyn und auf eine gleiche Weise von dem Verklagten gestört worden seyn soll", Gem. Roßdorf g. Fisc. Pr. [9718] 8/4 1848. b. In einem andern Falle waren einige zum Gemeindenutzen der Gemeinde W. gehörigen Grundstücke unter dasige Gemeindenutzens-Berechtigte reell getheilt. Die Gemeinde forderte darauf von diesen eine Geldabgabe und erhob sie. Einige von ihnen klagten deshalb, die Gemeinde schützte zwar die Einrede unzulässiger Klagenhäufung vor, sie wurde aber vom O. A. Gerichte verworfen, in Erw.: „daß mittelst der erhobenen negatorischen Klage die Freisprechung der in der Klagschrift gedachten Grundstücke der Kläger von der fraglichen Abgabe und folgeweise und accessorisch die Zurückzahlung der von den Klägern seit 1835 — 1846 gezahlten Abgabenbeträge begehrt wird; — daß soviel — die Zulässigkeit des Angriffs der mehreren Kläger mittelst einer Klage anlangt, die zusammen aufgetretenen Kläger einen gemeinschaftlichen Zweck aus einem rechtlich und factisch gemeinschaftlichen Grunde verfolgen; — insbesondere diese Gemeinschaftlichkeit als auch für den Anspruch auf Zurückzahlung der gezahlten Abgabenbeträge bestehend, mit Rücksicht auf die hervorgehobene accessorische Qualität desselben anzunehmen ist, — und da sonach die Kläger als Streitgenossen anzusehen sind, die vorgeschützte dilatorische Einrede der unstatthaften subjectiven Klagenhäufung als verwerflich erscheint", Gem. Wehren g. Fisc. Pr. [2559] 17/1 1852. — 2. In einem weiteren Falle kam die Klagenhäufung rücksichtlich mehrer Verklagten zur Sprache. A. verkaufte dem B. gewisse Grundstücke; B. verkaufte solche weiter an C. und dieser veräußerte sie zum Theil an D., so daß also Besitz und Rechtserwerb auf Seiten des D. in soweit von demjenigen des C. verschieden war, als zu dem Titel, aus welchem dieser besaß, noch ein weiterer, von eben diesem C. abgeleiteter, hinzutrat. Nunmehr klagte J. gegen C. (S.) und D.; diese schützten zwar die Einrede der unzulässigen subjectiven Klagenhäufung vor; das O. A. Gericht sprach aber aus: „daß dieser Einwand von beiden v. Instanzen mit Recht unberücksichtigt geblieben ist, — da, in Ermangelung bestimmter deshalbiger gesetzlicher Vorschriften, die rechtliche Natur der Sache und das Princip der Zweckmäßigkeit hierbei als entscheidend anzusehen, — im vorliegenden Falle aber, bei der Gleichheit des Zwecks der gegen beide Verklagte gerichteten Klage und bei der Connexität der thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, worauf dieselbe gegründet ist, und da eine Verwirrung des Streits aus der Zulassung der erhobenen Klage nicht zu besorgen steht, deren rechtliche Voraussetzungen als vorhanden erscheinen", Iffland g. Sippel [677] 24/11 1849.

70) Calkhof g. Wiß [679] 1827.

von Verwirrung im Processe durch das Gericht von Amtswegen beachtet werden [71]). Dahingegen ist der Verklagte in jeder Lage des Rechtsstreits befugt, darauf einen, die Verwerfung der Klage in der angebrachten Weise zur Folge habenden Einwand zu gründen [72]). In einer solchen unstatthaften Cumulation liegt nun aber kein solcher processualischer Mangel, welcher seiner Natur nach die Wirksamkeit des von dem verklagten Theile für die Zulassung jener an den Tag gelegten Willens ausschlösse [73]). Und demgemäß ist in besonderer Beziehung auf das Verbot der Klagenhäufung in dem für minderwichtige Rechtssachen angeordnete Verfahren [74]) anerkannt worden, daß die Zulassung einer nach dieser Vorschrift unzulässigen Klagen-Cumulation, da sie einen Verstoß gegen das Wesentliche des Processes nicht enthalte, die Nichtigkeits-Beschwerde nicht begründen könne [75]), — ein Satz, welcher übrigens auch für das ordentliche Verfahren schon früher mehrfach Anwendung gefunden hatte [76]).

Kapitel XI.

§. 46.

Ob und in wieweit durch Nichtbeachtung einer Versäumung der Beweis-Anticipation?

Nach der Ausbildung der Grundsätze, welche von der Befugniß resp. der Verpflichtung zur alsbaldigen Geltendmachung der Beweismittel noch ehe der Richter Beweis gefordert hat, heutigestags im Gebrauche sind, leidet es keinen Zweifel, daß

---

71) Eimer g. Stadt Homberg [4341] 1837.

72) v. Dallwigk g. Krug [9793] 10/1 1847.

73) Lindenauer Erblehnl., Hosbach ꝛc., g. Herzog v. Ratibor [9895] 28/2 1846.

74) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 3: „Cumulationen von Klagen, welche dem Rechtsgrunde nach gleichartige oder in Verbindung stehende (connexe) Ansprüche nicht zum Gegenstande haben, sind unstatthaft." Ueber die Motive vergl: des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VI S. 389 fg.

75) Wienecke g. Reese [361] 31/3 1846.

76) Ritter g. Siemon, O. A. G. D. v. 13/9 1823; Gem. Röhrda g. Jacobi [1308] 1834.

für die betreffende Partei ein bestimmtes Gebot in dieser Hinsicht nicht gegeben worden ist; eben so wenig aber wird sich auch aus jenen Principien die Eigenschaft einer solchen anticipirten Handlung als eines wesentlichen Bestandtheils des Processes herleiten lassen. In der erstern Beziehung wird es sowohl nach reichsgerichtlichen [77]), als nach particularrechtlichen [78]) Vorschriften aus Gründen, welche vornämlich auf die Nothwendigkeit der Vermeidung unnöthiger Beweisführung zurückzuführen sind, in die Befugniß der betreffenden Partei gestellt, ob sie alsbald der etwa bevorstehenden Beweisauflage zuvorkommen will, oder nicht [79]). Eben wegen dieser Eigenschaft jener Handlung, als einer nur facultativen und wegen der dem richterlichen Ermessen ebenwohl dabei eingeräumten Befugniß rücksichtlich der Beurtheilung ihrer Unterlassung, kann daher so wenig von einer durch einen Verstoß wider das Gesetz, als von einem solchen gegen wesentliche Proceßgrundsätze die Rede seyn; letzteres insonderheit deßhalb nicht, weil, der noch bestehenden gemeinrechtlichen Regel zufolge, der Beweisantritt erst alsdann stattzufinden hat, wenn die Partei weiß, worüber der Richter ihn verlangt und weil, wenigstens in Hessen, die Anordnung der Vornahme der Beweisanticipation nicht unter Androhung des Special-Präjudizes der Ausschließung erfolgt, vielmehr der Partei die Befugniß zugestanden ist, in Folge Eröffnung des Beweisbeschlusses auf die anticipirte Beweisantretung sich zu beziehen. Unter diesen Umständen hat man denn auch bei der Rechtsprechung in der Unterlassung der Beweisanticipation im Allgemeinen die Begründung einer Nichtigkeit nicht gefunden [80]) und nur

---

77) J. R. A. v. 1654 §§. 35 u. 39. Vergl.: des Verf.'s Beweis durch Schrifturk. Th. II S. 19 fg.

78) in Hessen z. B. nach der U. G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. 4 §. 14; Proceßordn. v. 5. Sept. 1745 §. 73; Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 5; Hanauer U. G. O. Tit. 7 §. 6; Gesetz v. 18. Oct. 1834 §§. 14, 18, und prov. Gesetz v. 22. Juli 1851 §. 55.

79) Vergl. die in der vorletzten Note angef. Schrift des Verf.'s a. a. O. S. 27 fg.

80) Berns g. Wenz [8301] 18/2 1843. Darin wurde erkannt: daß die Bestimmung der U. G. Ordn. v. 1732 Art. 4 §. 14, wonach die Parteien ihre Documenta, worauf sie agendo vel excipiendo sich gründen, sobald anfangs ihren

in dem Fall, wenn diese Folge im Gesetz besonders ausgedrückt und daneben durch das letztere, nach der processualischen Natur des Verfahrens, worauf es sich bezieht, eine Substantial-Qualität jener Handlung bezeichnet wäre, würde von jenem Erfolge geredet werden können. So könnte z. B. allerdings in Beziehung auf die particularrechtliche Vorschrift der Beweisanticipation im Verfahren über die Priorität in einem Concurse [81]) darüber ein wohlbegründeter Zweifel entstehen, ob nicht hier jene Eigenschaft angenommen werden müsse [82]).

Verhandlungen abschriftlich beifügen und ad acta geben sollen, selbst wenn zu deren Anwendung, was im untergebenen Falle nicht eintrat, Grund vorgelegen hätte, als Verletzung eines wesentlichen Bestandtheils des Verfahrens nicht betrachtet werden könne; — Hasenauer g. Fink [9393] 4/3 1846. In Beziehung auf die Hanauische U. G. Ordn. wurde hierdurch ausgesprochen: daß — darin die Nichtigkeit wegen Vernachlässigung der Vorschrift wegen Beibringung der über den Grund der Klage sprechenden Documente nicht angedroht sey, an sich aber jene Vorschrift nicht als ein essentiale processus angesehen werden könne.

81) Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 10. Dadurch ist dem Gläubiger aufgegeben, daß, was er ratione prioritatis etwa noch vor- oder beybringen will, mit allen probatoriis ad protocollum schaffe, ihm und den Mitgläubigern aber, daß sie in continenti ohne einiges Erstreckungs-Gesuch ꝛc., die vier Sätze verhandeln, und, unter Ausschließung des besseren Beweises und Gegenbeweises, indem ein jeder darauf sub praejudicio praeclusi in termino sich gefaßt zu machen hat, dem Gerichte, daß es sogleich das Collations-Urtheil ertheile.

82) Salzmann g. S.'sche Mitgl. [3568] 14/9 1836. Hierdurch wurde erkannt: daß eine Entscheidung, welche einem wesentlichen Grundsatz, namentlich dem im J. R. A. v. 1654 §. 35; U. G. Ordn. v. 1732 Art. 4 §. 2, wonach es für Denjenigen, welcher einen Anspruch im ordentlichen Verfahren geltend macht, zwar eine Befugniß, aber keineswegs eine Verpflichtung sey, den Beweis der angegebenen Thatsachen alsbald beizubringen, widerstreite, nicht vorliege, und daß auch in Betreff des untergebenen Falles nicht entgegenstehe, daß nach §. 10 der Verordn. v. 6. Juli 1770 in dem Prioritäts-Verfahren, in dem angesetzten Termin, auch der Beweis des behaupteten Vorzugs alsbald beigebracht werden solle, da diese gesetzliche Bestimmung, ihrem deutlichen Inhalte nach, sich lediglich auf das Verfahren im Concursprocesse beziehe.

Kapitel XII.

§. 47.

Versagung des rechtlichen Gehörs.

Nach den aus der Natur der Sache und dem gemeinen Proceßrecht sich ergebenden Grundsätzen gehört die bereits früher (S. 18) erwähnte Gestattung des rechtlichen Gehörs für einen jeden der streitenden Theile vornämlich zu den wesentlichen Bestandtheilen des processualischen Verfahrens. Die Praxis, insonderheit in Hessen, konnte daher solche nur im Näheren entwickeln. Zunächst ist nun ein Verstoß wider diese fundamentale Voraussetzung von freiem, nicht durch die Verletzung einer klaren gesetzlichen Vorschrift beschränkten, Standpunkt aus zu beurtheilen und dergestalt darüber zu entscheiden, ob in der vorigen Instanz richtig erkannt worden sey oder nicht [83]). Von einer solchen Versagung oder Beschränkung des rechtlichen Gehörs ist aber nur dann die Rede:

I. wenn der Partei die Rechtsvertheidigung abgeschnitten oder geschmälert [84]), sie mit erheblichen Behauptungen im Proceß ohne zuvor erfolgte Erklärung des Gegners ganz oder theilweise enthört wurde [85]); erheblich sind aber solche alsdann namentlich nicht, wenn sie nicht auf den Gegenstand des anhängigen Rechtsstreits sich beziehen [86]); oder, zwar nicht zu der der vorzunehmenden Handlung entsprechenden Zeit, aber doch

---

83) Bernd g. Käseberg [4042] 27/9 1836; Boucsein g. Crepon [325] 1/4 1846.

84) Beck g. Ronshausen [4124] 1837.

85) Lion g. Rost v. Ritterholm [6920] 12/12 1840.

86) Kümmell g. Freiling [2210] 26/8 1850, in Erw.: „daß das Vorbringen wegen ungenügend vom Querulaten ertheilter Vollmacht zur Erhebung der von ihm beabsichtigten Klage in der mit der Beschwerde dahin geltend gemachten Richtung, daß hiernach wegen Verschuldens des Querulaten jene Klage nicht habe vom Querulanten für ihn angestellt werden können, nur für den vom Querulaten gegen den Querulanten auf Entschädigung erhobenen Anspruch von Bedeutung seyn, dagegen die in Folge der Zurücknahme des dem Querulanten ertheilt gewesenen Auftrags auf Rückgabe der ihm zugestellten Urkunden und Vorschußsumme erhobene Klage nicht beseitigen kann, mithin dessen Nichtberücksichtigung in Bezug auf letzteren Anspruch eine Versagung des rechtlichen Gehörs nicht enthält."

bei anderer Gelegenheit die Veranlassung zur Erklärung über eine Behauptung, Beweismittel ꝛc. dargeboten wurde [87]);

II. wenn diejenige Partei selbst, welche durch die Versagung des rechtlichen Gehörs sich für verletzt erachtet, in dem zum Handeln beider Theile bestimmten Termine gar nicht erschienen ist [88]). Andererseits wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Partei außer dem in Rede stehenden Processe über das in Betracht kommende Factum eine, vielleicht wohl gar gerichtliche, Erklärung abgegeben hat [89]).

Ausnahmen von dem selbst für die Executions-Instanz geltenden Erfordernisse in jedem Processe, daß das rechtliche Gehör nicht versagt worden sey, finden nur in einzelnen besondern Proceßarten [90]) statt.

Als einzelne Beispiele der Versagung des rechtlichen Gehörs sind, unter anderen, folgende anzuführen:

1. Es ist die, bereits unter dem Gesichtspuncte der Einleitung eines unrichtigen Verfahrens erörterte, Frage zunächst

---

87) Döll g. Siehl [50] 31/3 1846, in Erw.: „daß — darauf, daß dem Querulanten die gebetene Ansetzung eines andern Termins zu seiner Erklärung auf den vom Querulaten vorgelegten Kaufbrief nicht gewährt worden, die N.-Beschwerde schon deshalb nicht gegründet werden kann, weil der Querulant in der v. Instanz Gelegenheit gehabt und dieselbe benutzt hat, aus dem Inhalte der Urkunde zu deduciren."

88) Angewendet auf den Fall, wo die Partei über die nach dem 3. Licitations-Termin vom Impetraten erklärte Zurücknahme des in diesem Termin gestellten Antrags im letzteren selbst gar nicht erschienen war, und obige Beschwerde erhob, Sternberg g. Fisc. Pr. [8366] 22/11 1842.

89) Bernd g. Käseberg [4042] 27/9 1836. Es war hier in einem angesetzten Executions-Verfahren ein neu begründeter Antrag auf wiederholte Einleitung desselben gestellt worden. Das O. A. Gericht nahm an, daß, weil es an einer Erklärung des Gegners über diesen neuen Grund fehle, durch die auf Einleitung des Verfahrens gerichtete Verfügung das rechtliche Gehör versagt sey und es hierbei auch keinen Unterschied begründe, daß der Antragsteller zur alsbaldigen Nachweisung des Rechtsgrundes eine auf denselben sich beziehende, vor Gericht protocollirte, Erklärung des Gegners in beglaubigter Form vorgelegt habe, da eine solche außer dem Rechtsstreite erfolgte Erklärung das rechtliche Gehör in dem Rechtsstreite zu ersetzen nicht vermöge.

90) Dahin gehören in Hessen z. B. das Verfahren wider öffentliche Rechnungsführer, Gesetz v. 17. May 1834; so wie die den Provisional-Verfügungen vorausgegangenen Verhandlungen.

entstanden: ob, wenn, statt des beantragten, ein anderweites Proceßverfahren eingeleitet worden ist, darin eine Versagung des rechtlichen Gehörs liege? Hier sind nun, in specieller Unterscheidung des ordentlichen und des für minderwichtige Sachen geltenden Verfahrens, zwei Fälle zu trennen. Der erste ist der, wenn, anstatt der für die letzteren namentlich auch in Hessen vorgeschriebene Procedur [91]), das ordentliche Verfahren eingeleitet worden ist; hier kann natürlich von jener Versagung keine Rede seyn, da umgekehrt für die Erörterung der Sache ein umfassenderer Raum gewährt wird, als nach jenem Gesetze gestattet ist [92]); nur in Beziehung auf die Competenz läßt sich demnach fragen, ob dadurch, daß, wie erwähnt, verfahren worden, eine Nichtigkeit begangen sey und davon ist bei anderer Gelegenheit (S. 206) gehandelt worden. Der zweite Fall dagegen ist der: wenn umgekehrt das für minderwichtige Sachen bestimmte Verfahren statt des ordentlichen eingeleitet und deshalb Beschwerde erhoben worden ist; die letztere ist hier, wegen der Abkürzung des Beweisverfahrens, denkbar, indeß gleichfalls aus dem bezeichneten Gesichtspunct für ausgeschlossen erkannt worden [93]).

2. In Beziehung auf die Eröffnung des Rechtsstreits kommt in Betracht:

---

91) Gesetz v. 18. Oct. 1834.

92) Kröcker g. Volkmar [8870] 27/5 1843: „da durch die Verhandlung einer nach dem §. 1 des Gesetzes v. 18. Oct. 1834 zu dem in diesem vorgeschriebenen abgekürzten Verfahren geeigneten Sache im ordentlichen Processe weder die gerichtliche Zuständigkeit überschritten, noch dem verklagten Theile das rechtliche Verhör versagt oder beschränkt wird"; die N.-Beschwerde wurde deshalb als ungegründet zurückgewiesen.

93) Vaupel g. Rosenthal [9267] 2/4 1844. Das Mittelgericht hatte hier wider das unterrichterliche, den ordentlichen Proceß für unrichtig gewählt erklärt und die Klage, als zum schriftlichen Verfahren nicht statthaft, wie angebracht verworfen. Das O. A. Gericht wies die darüber erhobene N.-Beschwerde zurück, in Erw.: „daß die Frage, ob in einer Sache das, schriftliche Eingaben zulassende, ordentliche untergerichtliche Verfahren einzuleiten, oder ob die Sache in dem durch das Gesetz vom 18. Oct. 1834 für minderwichtige Sachen bestimmten Verfahren zu verhandeln sey, weder die Zuständigkeit des Gerichts, noch die wesentlichen Theile des Processes berührt und die deshalbige Entscheidung daher als nichtig nicht betrachtet werden kann."

a. die Voraussetzung, daß dem Verklagten genügende Veranlassung zu seiner allseitigen Vertheidigung gegeben worden ist. Dieß geschieht durch die Mittheilung der Klage mit allen denjenigen Anlagen, welche als auf jene in erheblicher Weise sich beziehend zu betrachten sind. Ein in sofern sich herausstellender Mangel beschränkt aber das Recht des Verklagten auf die nöthige Vertheidigung. Unterblieb daher die Mittheilung der Klage in ihren erheblichen Bestandtheilen, so ist, wenn gleichwohl der Verklagte als derselben geständig angenommen wurde, die Beschwerde wegen Versagung des rechtlichen Gehörs begründet [94]. Auch der Kläger hat zwar in Beziehung auf

---

94) So wurde angenommen, daß durch Unterlassung der Mittheilung der Anlagen der Klagschrift und der Vernehmung des Verklagten darüber das rechtliche Gehör versagt werde, Weiershäuser g. Eskuche [7518] 16/11 1842, und in S. Henning g. Mörs [1730] 23/9 1849 ausgesprochen: in Erw. „daß in der Annahme des Eingeständnisses der Klage von Seiten des Querulanten ohne vorgängige Mittheilung des gegentheiligen Klagvortrags in seinen erheblichen Bestandtheilen eine Hintansetzung der wesentlichen Erfordernisse des processualischen Verfahrens insofern enthalten seyn würde, als darin eine Entziehung des rechtlichen Gehörs zu finden ist; — daß nun diese Voraussetzung dann vorliegen würde, wenn, wie Querulant behauptet, die ihm mitgetheilte Abschrift der Klagrechnung, welche zur Bezeichnung des Gegenstands des der Klage zum Grunde liegenden Vertragsverhältnisses dient, eine vom Inhalte des Originals abweichende Angabe über den Umfang des Vertragsobjects enthält; — daß Querulant zur Nachweisung dieser Behauptung die ihm angeblich zugegangene Ausfertigung des Klagmittheilungs-Decrets nebst dessen Anlagen mit der Beschwerdenschrift vorgelegt hat; — bevor jedoch über die Beweisfähigkeit dieser Urkunde zu erkennen ist, die Vernehmung des Querulaten hierüber, so wie über den damit in Verbindung stehenden Inhalt der Beschwerdenschrift erforderlich ist, wird ꝛc." — In einem andern Falle hatte der Gutsübernehmer auf den Grund des Ansatzvertrags wider den Uebergeber bedungene Leistungen eingeklagt; der Vertrag war aber dem Verklagten nicht mitgetheilt. Das O. A. Gericht erkannte: „daß der hierdurch begründete Mangel auch nicht dadurch beseitigt werde, daß es dem Verklagten frei gestanden habe, vor dem Exceptionstermine den Ansatzvertrag einzusehen oder sich rechtzeitig eine Abschrift zu erbitten, da es in der Regel zu den Obliegenheiten des Klägers gehöre, dem Verklagten nicht blos die Klage, sondern auch die als Bestandtheile derselben zu betrachtenden Urkunden vollständig mittheilen zu lassen", Muth g. Muth [3731] 5/8 1854. — Ein Verkäufer von Immobilien klagt einen Kaufgeldrest ein. Der Verklagte rügt in dem, unter Androhung der Special-Präjudicien, angesetzten Termin den Mangel der Mittheilung des Kaufbriefs und

die vollständige Mittheilung der verklagtischen Schriften in ihren wesentlichen Bestandtheilen einen Anspruch, der aber nicht auch dann verfolgbar ist, wenn er mit seiner Klage zurückgewiesen wird; weshalb er nicht darüber nun noch sich beschweren kann, daß ihm die im Laufe des Verfahrens vom Verklagten vorgelegten Urkunden nicht mitgetheilt worden seyen [95]).

b. Wie bei dieser Mittheilung, so darf überhaupt bei proceßleitenden Verfügungen kein anderer als der ordnungsmäßige Rechtsnachtheil angedroht und auch demnächst nur dann verwirklicht werden, wenn eine der betr. Partei zur Last fallende Versäumung, sowohl in Beziehung auf den Ablauf der festgesetzten Frist oder des Termins, als in Betreff der ihr obliegenden processualischen Thätigkeit, außer Zweifel ist; ein Verstoß in der einen oder andern Beziehung enthält eine Versagung des rechtlichen Gehörs und begründet darum die gedachte Beschwerde [96]).

---

des in diesem angezogenen Hypothekenscheins, auf welchen letzteren vorliegend es deshalb ankam, weil nach dem Vertrag die auf dem Kaufobjecte haftenden Schulden am Kaufgeld abgezogen werden sollten. Das J. Amt erklärte diesen Widerspruch wider die Einlassung auf die Klage für unbegründet, da die Original-Ausfertigung des Kaufbriefs und des darin angezogenen Hypothekenscheins dem Verklagten selbst zugefertigt seyen ꝛc. und erkannte nach dem Klagantrag. Auf die Beschwerde des Verklagten fand das O. A. Gericht auch hier in der Unterlassung jener Mittheilung eine Versagung des rechtlichen Gehörs aus den in den früheren Fällen bemerkten Gründen, hob darum den angefochtenen Bescheid auf und verordnete, daß die Klaganlage dem Verklagten mitzutheilen und zu dessen Vernehmlassung auf die Klage — anderer Termin anzusetzen sey ꝛc., Vormschlag g. V. [3906] 6/3 1855. Vergl. Annalen Th. III S. 421 fg.

95) Müller g. Hahn [1170] 10/5 1848, in Erw.: „daß — bei der Verwerfung der Klage, als in der vorgebrachten Weise ungenügend begründet, in der Nichtberücksichtigung des Antrags der Querulantin auf Mittheilung des von der Gegenseite bei der Exceptionalhandlung vorgelegten Leihebriefs und der dem vorgängig zu erstattenden weiteren Replik eine Versagung des rechtlichen Gehörs eben so wenig gefunden werden kann, als eine Actenwidrigkeit in der selbstständig und theilweise ohne Rücksicht auf das thatsächliche Vorbringen der Querulaten in ihrer Exceptionalhandlung erfolgten Beurtheilung der Klagbegründung."

96) Hiervon wird specieller an dem auf die Nichtigkeiten in Beziehung auf die Contumacia sich beziehenden Orte die Rede seyn. (Kap. XXII.)

3. Rücksichtlich des weiteren **Verfahrens** und seiner **Beendigung** gilt sodann im Allgemeinen der Grundsatz, daß in Beziehung auf processualische Vorträge, Eingaben 2c. überall da die Erklärung des Gegners erfordert wird, wo ein Zweifel, ob über jene alsbald zu erkennen sei? [97]) vorwaltet. Im Näheren ist in der vorliegenden Hinsicht Folgendes zu bemerken:

a. Handelt es sich um die **Proceßlegitimation**, so ist, da auf deren Berichtigung Seitens des Gerichts stets von Amtswegen hingewirkt werden muß [98]), eine solche Erklärung der betreffenden Gegenpartei über jene nicht erforderlich, von einer Versagung des rechtlichen Gehörs also auch wenn jene nicht verlangt wurde, nicht die Rede. Bestritt die Gegenpartei diesen Punct unter Vorbehalt der Rechtsvertheidigung — in Beziehung auf welche nur eine vorläufige Erklärung abgegeben wurde — für den Fall der Erledigung der gemachten Ausstellung, so muß sie alsdann damit noch in dem eingetretenen Fall der letzteren gehört werden, widrigenfalls allerdings Grund zur bezeichneten Beschwerde vorliegt [99]).

b. Was den **Verklagten** insbesondere betrifft, so gilt für ihn zunächst der allgemeine Grundsatz: daß seine **Verurtheilung** nichtig ist, wenn sie überhaupt ohne rechtliches Gehör erfolgte [100]); oder seine Zulassung mit **Einreden** unrichtiger Weise von der Verbindung mit einem Restitutions-Gesuche

---

97) ob z. B. der mit einer Eidesabnahme beauftragte Richter über den Inhalt einer, nicht zum Eidessatz gehörigen, Parenthese den Eid abgenommen habe? Siebold g. S. [3521] 13/6 1838.

98) Vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 230 fg.

99) Bingel g. Gem. Ilschhausen [9041] 12/12 1845. Damit wurde vom O. A. Gerichte, nach Berichtigung des Vollmachtspuncts, ausgesprochen, daß nicht alsbald, wie vom O. Gerichte geschehen, endlich in der Sache habe erkannt werden können, „da die Querulantin in dem zur Einlassung auf die Klage angesetzten Termine mit der Bestreitung der Legitimation des querulatischen Anwalts nur eine vorläufige, auch ausdrücklich als solche bezeichnete, Erklärung abgegeben, sich somit die weitere Vertheidigung, wozu sie einem nicht legitimirten Vertreter gegenüber befugt war, vorbehalten hatte, — und in der Abschneidung dieser weiteren Vertheidigung eine in der Beschwerdenschrift der gegenwärtigen Instanz ausdrücklich geltend gemachte Entziehung des rechtlichen Gehörs, folglich ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften des Processes, gefunden werden muß."

100) Bicker g. Cassel. O. A. G. D. v. 1829.

abhängig gemacht[1]); oder die Duplikhandlung abgeschnitten wurde, und ein Gleiches läßt sich auch von der Vertheidigung des Verklagten in dem weiteren Verfahren sagen. Zwar wird nach richtiger Ansicht rücksichtlich der Proceßleitung die Re- und Duplik-Handlung, ungeachtet regelmäßig das präparatorische Verfahren in vier Sätzen verhandelt werden soll[2]), in dem Fall nicht für erforderlich erachtet, wenn die factischen Momente, auf deren Grund hin die Entscheidung erfolgt ist, bereits erörtert worden sind, der eine oder andere jener Verhandlungssätze sonach überflüssig erscheint. Denn eben so, wie eine, ihrem Inhalte nach, sofort als unbegründet sich darstellende Klage zurückzuweisen ist und auf die keine erhebliche Einrede enthaltende Vernehmlassung alsbald in der Sache selbst zu erkennen steht, kann auch die Duplikhandlung übergangen werden, wenn im Replikfatz keine Repliken vorkommen, welche eine weitere Vernehmlassung des Verklagten nöthig machen[3]). Beschwert wird

---

1) Westphal g. Prasuhn [1664] 12/2 1849.

2) Darauf deutet auch das hessische Recht hin, vergl.: U. G. Ordn. v. 1732 Art. III §. 24; Proceßordn. v. 1745 §§. 8, 57, 58.

3) Peter g. Fuchs [5594] 1833; Haas g. Willert [453] 1833; v. Hundelshausen g. v. H. [455] 1833; Mensing g. Koch [4423] 28/3 1838; Wack g. Lenoir [5092] 1/9 1838, worin ausgesprochen wurde: daß das Verhandeln in vier Sätzen im ersten Verfahren nirgends als formales Erforderniß vorgeschrieben, insbesondere eine solche Vorschrift weder in der U. G. O. v. 1732 Art. III §. 16, noch weniger in der Verordnung vom 17. März 1767 §. 32 enthalten sey und daß daher für den Verklagten nur unter der Voraussetzung eine Beschwerde über Versagung der Duplikhandlung begründet seyn könne, wenn in dem auf jenes Verfahren ertheilten Bescheide thatsächliche Angaben, welche der klagende Theil erst in der Replikhandlung gemacht habe, zu dessen Vortheil berücksichtigt worden seyen. Vergl.: v. Bünau g. Lüttich [6588] 1840. — In gleicher Weise ist auch nach Hanauischem Rechte entschieden, in S. v. Specht g. Habich [8127] 29/3 1843, in Erw.: „daß — da die Replikhandlung des Appellanten keine eigentlichen Repliken enthielt, es der Nachlassung einer Duplikhandlung nicht bedurfte, diese Behandlung der Sache auch den Bestimmungen der §§. 52 und 70 des Tit. XI der Han. Hofger.-Ordn. nicht entgegen ist, da die erstere den Fall voraussetzt, wo der Inhalt der Replikhandlung eine Beantwortung durch die Duplikhandlung nöthig macht, die letztere aber nur untersagt, ehe die Sache zum Spruche reif geworden, auf die einseitigen Handlungen der Parteien in dieselbe entscheidend einzugreifen, was dadurch nicht geschieht, wenn das Gericht durch Abschneidung unnöthig befundener weiterer Verhandlungen die Sache nach den schon vor-

aber der Verklagte allerdings durch das Nichterfordern einer Duplikhandlung, wenn den auf den Replikfatz erfolgten Erkenntnissen thatsächliche Voraussetzungen zum Grunde liegen, welche der klagende Theil erst in der Replikhandlung vorgebracht hat. Wäre also in einem solchem Falle der Verklagte auf den Grund der in dem letztern sich findenden neuen factischen Momente durch das Erkenntniß verurtheilt worden, so stellte sich dann solches auch unzweifelhaft als nichtig dar, indem offenbar wider einen noch nicht Gehörten erkannt seyn würde. In derselben Lage befindet sich aber der Kläger im umgekehrten Falle [4]).

---

liegenden für spruchreif erklärt; — daß es auch keineswegs in der Willkür des verklagten Theils steht, seine Vertheidigung auf die Einrede- und Duplik-Handlung zu vertheilen, vielmehr die Vertheidigung gegen die Klage ganz in die Einredehandlung gehört und die Duplikhandlung nur zur Vertheidigung gegen die Repliken bestimmt ist."

4) Für diesen letzteren Fall ist anzuführen die Entscheidung in S.: Fuldaer Bäckerzunft g. Schultheis [6016] 5/10 1839, in Erw.: „daß es zu den wesentlichen Grundsätzen des Processes gehört, daß eine zur Rechtskraft geeignete Entscheidung gegen eine Partei nur auf den Grund solcher factischer Momente erfolgen darf, über welche dieselbe gehört ist, — und das Landgericht zu F. durch sein Erkenntniß — diesen Grundsatz verletzt hat; — indem von demselben auf den Grund der von dem Querulaten gegen den Antrag des Querulanten auf Hilfsvollstreckung vorgebrachten neuen Einwendung jener Antrag sofort, ohne erst die Imploranten (Querulanten) zu hören, zurückgewiesen worden ist; — die hierin liegende Versagung des rechtlichen Gehörs auch dadurch nicht beseitigt wird, daß das Landgericht nach dem erwähnten Erkenntnisse noch über die Remonstration der Querulanten erkannt hat, da bei der bereits erfolgten Ertheilung einer zur Rechtskraft geeigneten Entscheidung eine solche Remonstration unstatthaft war und zu einer Zurückziehung des Erkenntnisses nicht führen konnte." — Für den erstern: der Fall in S. Landgr. Wilhelm zu H. g. Garnier [9370] 12/6 1844, in welchem in der Executions-Instanz, ohne den Verklagten über die Begründung des klägerischen Anspruchs zu hören, definitiv wider jenen erkannt wurde; und der weitere in S. Henning z. S. Stadt Fulda g. Wiegand [2417] 22/11 1850, in Erw.: „daß durch das Decret — den Querulanten (Anwälten) zwar eine Erklärung auf die von dem Querulaten vorgeschützte Einrede der Compensation und die zu deren Nachweisung in Bezug genommenen Acten gestattet, in Ermangelung einer deshalbigen Bestimmung aber die Einlieferung jener Erklärung an eine Frist nicht gebunden war; — daß mithin die vor dem Eingang der geforderten Erklärung erfolgte Annahme, daß die vorgeschützte Einrede durch die apponirten Acten bewiesen werde und demzufolge auf den Grund dieser Einrede das von den Querulanten wegen der Kosten ausgewirkte Zahlungs-

Nur dann würde das Gericht in einem solchen Falle ohne eine Nichtigkeit zu begehen, sofort entscheiden können, wenn dasselbe in der von ihm ertheilten Entscheidung das einseitige Vorbringen für unerheblich erklärte, da unter dieser Voraussetzung der Gegner kein Interesse dabei haben könnte, vorerst zur Erklärung zugelassen zu werden.

c. In Beziehung auf beide Hauptparteien ist noch rücksichtlich des Editionsverfahrens zu bemerken, daß ein Grund zur Beschwerde über Versagung des rechtlichen Gehörs alsdann dargeboten ist, wenn das Gericht das Editionsgesuch lediglich deßhalb zurückgewiesen hat, weil es erst in der Beweisschrift vorgebracht wurde [5]).

Kapitel XIII.

§. 48.

Nichtberücksichtigung des Mangels der Einlassung auf die Klage.

In Hessen ist das Erforderniß einer gehörigen Einlassung auf die Klage [6]) durch zahlreiche Vorschriften in die Erinnerung gebracht werden [7]) und es kann denn auch, nach der Fassung

---

Mandat zurückzuziehen sey, gegen das wesentliche processualische Erforderniß gegenseitigen rechtlichen Gehörs der Streittheile anstößt."

5) Wiegand g. Stadt Fulda [1982] 22/9 1849. Des Verf.'s Gerichtseid Th. III S. 324.

6) Ueber den Unterschied der Litiscontestation nach der cl. 2 de V. S. (5. 11) von der Antwort des Verklagten auf die Geschichtserklärung des Klägers vergl. Briegleb, Einleit. in d. Theor. d. sum. Proc. S. 50.

7) Gerichtsordn. v. 1497 Tit. 10: „Der Krieg wird befestigt, so auff die Forderung des Klegers der Antworter die verneint oder erkent durch nein oder ja." Marb. Hofger.-Ordn. v. 1524 Tit. 23: „Vnd sollen vnser Amptleut, Schultheyssen vnd Richter mit allem fleis darauff sehen, das der Krieg befestigt vnd vff eynen jeden klag artickel geantwort werde, ob der beklagt den gestehe oder nicht, vnd das sonst kein nichtigkeyt zugelassen oder geübt werde." Canzley-Ordn. v. 25. April 1581 Tit. 11 §. 9: „Wann der Libell inpracht vnd Citation darauff erkandt ist, soll des Beklagten oder Appellaten Procurator in termino praefixo seine Litiscontestation cum annexis Responsionibus alsbald vorpringen, Es were dann sach das ehr sonstett erhebliche rc. Exceptiones hett —." Danach „soll jhme" (dem Procurator) „frey stehen,

der zweiten in der vorigen Note in Bezug genommenen Stelle („sonst kein nichtigkeyt — geübt werde"), im Einklange mit den Grundsätzen des gemeinen Proceßrechtes (S. 19), keinem Zweifel unterliegen, daß die Nichteinhaltung dieser Bestimmung, als eine auf einen wesentlichen Bestandtheil des Processes gerichtete, zu betrachten sey. Daran hat man denn auch in der Praxis des obersten Gerichts in Hessen nicht gezweifelt, indem ausdrücklich ausgesprochen wurde: es werde eine Nichtigkeit sowohl durch Uebergehung des Mangels einer bestimmten Einlassung auf die Klage, da diese einen wesentlichen Theil der Verhandlungen bilde [8]), als auch dadurch begründet: daß ein Geständniß angenommen worden sey, wenn das Gegentheil davon nach den Acten außer Zweifel erscheine [9]).

In der neuern Zeit wurden in Hessen die Voraussetzungen gehöriger Einlassung sowie der Nachtheil deshalbigen Mangels durch specielle Anordnungen dahin festgesetzt [10]): „Der Verklagte ist schuldig, sowohl auf die in der Klage vorgebrachten [11]) Thatsachen [12]), als auch über die Anerkennung der zu deren

---

solche Exceptiones zu prämittiren vnd daruff alsbaltt in uno et eodem scripto Litiscontestationem et Responsiones in eventum anzuhangen." Im Wesentlichen enthalten mit der letztgedachten Vorschrift wiederholte Bestimmungen: die Canzlei-Ordnungen v. 1. Jan. 1613, v. 14. März 1628 Tit. 9 §. 17, v. 20. März 1656 Tit. 9 §. 22; so wie die Sammt-Hofger.-Ordn. v. 5. May 1673 Tit. 13 §. 2.

8) Schreiber g. Humpf, O. A. G. D. v. 8/4 1826.

9) Decis. Cass. T. I dec. 118. Vergl. darüber das (S. 108 fg.) bereits Angeführte.

10) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §§. 17, 18.

11) d. h. „bestimmt behaupteten" (vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. I S. 37 fg. — die usuelle Auslegung der §§. 17 und 18 des Ges. v. 16. Sept. 1834 betreffend), — und unter Umständen mit einem Antrag zu verbindenden, Barkhausen g. Triller [8601] 12/8 1843, in Erw.: „daß Appellat mit der in Gemäßheit des Bescheids — bewirkten Vorlegung der Rechnungen — keinen Antrag verbunden hatte; — daß daher keine Veranlassung vorhanden war, des Appellanten Erklärung auf dieselben bei Meidung des Eingeständnisses und der Ausschließung zu erfordern, somit auch dieses Präjudiz in dem jetzt angefochtenen Bescheide nicht realisirt werden durfte."

12) a. also keine „Rechtssätze", Fisc. Pr. g. Henkel [8520] 21/10 1843, — so wie b. vorausgesetzt, daß die Thatsachen das in der Klage ꝛc. in Anspruch genommene Recht begründen, — N. Samml. a. a. O. S. 39 fg.; Caletsch g.

Nachweisung, nach Maaßgabe der bestehenden gesetzlichen Vorschriften beigebrachten Urkunden[13]), sich bestimmt und speciell zu erklären. Diejenigen Thatsachen, worüber nur eine unbestimmte oder gar keine Erklärung erfolgt[14]), sind als eingestanden, beziehungsweise die Urkunden in diesem Falle als anerkannt zu betrachten." — „Diese Bestimmung findet auch Anwendung in Bezug auf die im weiteren Verfahren behaupteten Thatsachen und überreichten Urkunden."

Ungeachtet dieser Vorschriften bleibt doch dem richterlichen Ermessen bei deren Anwendung um deswillen ein weiter Spielraum, als, unter der Voraussetzung, daß überhaupt eine Einlassung erfolgt ist, die Entscheidung der Fragen, in welcher Weise sich eingelassen worden ist, ob verneinend, oder bejahend, von der Prüfung der deßhalbigen processualischen Angaben abhängt. Wenn gleich also allerdings, z. B. im Fall unzweifelhafter Ableugnung der Klagfacta, die Klagabweisung einen Verstoß wider wesentliche Proceßvorschriften enthalten würde[15]),

---

Schwaner [8212] 20/4 1842; dadurch wurde erkannt: die Annahme, eine Einrede sey nicht gehörig substantiirt und folgeweise ein wirksames stillschweigendes Geständniß in Beziehung auf solche nicht vorhanden, biete keinen Stoff zur N.-Beschwerde dar; indeß wurde zugleich ausgesprochen: durch die Annahme, der Mangel in der thatsächlichen Begründung der Klage sey in Folge Nachgeben's des Verklagten, daß dem Querulaten das Eigenthum an einem Grundstücke zustehe erledigt, sey keine Nichtigkeit begangen, Fern g. Schmidt [8600] 30/12 1842; — c. daß eine Verbindlichkeit zur Erklärung außer Zweifel war, Marburger Central-Armencasse g. Eidam [2541] 31/5 1851, in Erw.: „daß — es sich bei dem alleg. §. 18 der Natur der Sache nach von selbst versteht, daß, um behauptete Thatsachen, wegen vom Gegner nicht erstatteter Erklärung darauf, für von demselben eingestanden annehmen zu können, eine Verbindlichkeit desselben zu solcher Erklärung begründet gewesen seyn muß, — und an dieser Voraussetzung es vorliegend fehlte, da keinerlei richterliche Auflage an den Querulaten, sich auf die Repliken des Querulanten duplicirend zu erklären, ergangen war; — daß, nach der hiernach mit Recht geschehenen Beseitigung Desjenigen, was in 1. Instanz erkannt war, die weitere Frage, welches andere Erkenntniß demzufolge als das richtige zu substituiren sey, der freien richterlichen Erwägung des O. Gerichts überlassen blieb"; daher wurde die gegen das letztere Erkenntniß erhobene N.-Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

13) d. h. der Originale, N. Samml. a. a. O. S. 43.

14) Ueber die Voraussetzungen vergl.: N. Samml. a. a. O. S. 44 fg.

15) Für das Bagatellverfahren gilt hier insonderheit die Vorschrift des Ge-

so kann doch andererseits als Regel nur angenommen werden, „daß in der Annahme eines Gerichts, das Leugnen einer Partei sey, so wie es erfolgt, gehörig geschehen, weder einen Verstoß wider klare Gesetze, noch eine Hintansetzung wesentlicher Vorschriften des Processes zu finden sey" [16]). Und ein Gleiches gilt in Beziehung auf die Annahme eines Geständnisses der Partei. So hat man anerkannt: daß die aus der unterbliebenen Erklärung des Verklagten auf die Klagbehauptungen für die Begründung der Klage gezogene Folgerung auf richterlicher Reflexion beruhe und mithin diese Beurtheilung so wenig [17]), wie die weitere, daß das Gericht in der stillschweigenden Uebergehung der in der Replikhandlung zulässiger Weise vorgebrachten Thatsachen ein Eingeständniß derselben gefunden habe [18]), mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten sey.

Eben so stellt sich aber auch die Entscheidung der Frage: ob das Vertheidigungs-Material des verklagten Theils unter den Gesichtspunct der negativen Litiscontestation, von Aus-

---

setzes v. 18. Oct. 1834 §. 17: „daß das zu ertheilende Erkenntniß entweder endlich erkennen, oder, neben Bestimmung des Beweissatzes, das Beweisverfahren auf den bereits erfolgten Beweisantritt oder in der sonst zulässigen Weise einleiten muß"; und es ist, als Kläger zum Beweis der vom Verklagten abgeleugneten Klagfacta sich erboten, gleichwohl das Untergericht die Klage zurückgewiesen hatte, hierin ein Verstoß wider jene Vorschrift und, da solche auf einen wesentlichen Bestandtheil des Processes sich bezieht, eine Nichtigkeit gefunden worden, Gem. Ronhausen g. Ruth [9844] 19/4 1845.

16) Schwaner g. Uhrhan [8626] 14/1 1843; Weinberg g. Göbel [5027] 1839. Vergl. N. Samml. a. a. O. S. 52 Not. 58.

17) Goldwein g. Granau [9089] 21/8 1844.

18) Hasenauer g. Fink [9393] 4/3 1846, in Erw.: „daß — darin, daß das O. Gericht die in der Replikhandlung zulässigerweise vorgebrachten Thatsachen, weil der Querulant solche in der Duplikhandlung mit Stillschweigen übergangen, — als von ihm eingestanden betrachtet hat, keinenfalls eine Nichtigkeit gefunden werden kann, da solches der Vorschrift der §§. 17 und 18 des Proceß-Gesetzes vom 16. Sept. 1834 entspricht, welche selbst dann anwendbar erscheint, wenn der Unterrichter im Verhandlungstermin seiner Pflicht, die Parteien auf das Erforderniß bestimmter und vollständiger Erklärung über das gegentheilige Vorbringen aufmerksam zu machen, nicht nachgekommen seyn sollte, indem davon das Proceßgesetz a. a. O. die Verwirkung des vorerwähnten Rechtsnachtheils nicht abhängig macht, auch hiernach die Bestimmung im §. 48 Abs. 2 der Hanauer U. G. Ordn. nicht mehr in Kraft ist."

stellungen wider die Klagbegründung, oder in die Kategorie von den Klaggrund zerstörenden, somit eine Entbindung von der Klage rechtfertigenden, Einreden falle, als das Ergebniß der richterlichen Beurtheilung dar und vermag darum ebenwohl keinen Gegenstand des in Rede stehenden Rechtsmittels abzugeben [19]).

Kapitel XIV.

§. 49.

In wiefern durch die Gestattung der Klagänderung eine Nichtigkeit begründet wird?

Nach der wohl richtigsten Auffassung wird, wie im römischen [20]), so auch im deutschen Rechte als Endpunct der Statthaftigkeit einer Aenderung der Klage der der vollendeten Litiscontestation betrachtet [21]). Es hat das namentlich in der hessi-

---

19) Hebig g. Wallach, O. A. G. D. v. 11/10 1834; Greineisen g. Rothamel ꝛc. [6536] 28/1 1840; Gundlach g. Ziegler [8349] 18/11 1843; Fisc. Pr. g. Gem. Langendorf [1634] 4/1 1849.

20) l. 3 C. de edendo (2. 1), in Verbindung mit l. un. C. de lit. cont. (3. 9), Gaj. IV. 57, — im Gegensatz zum justinian. späteren Rechte, §§. 33—35 J. de act. (4. 6). Vergl. Glück Com. Th. 6 S. 205 und die S. 208 a. E. Genannten; Heffter, System, S. 441 fg.; Buchka, Lehre v. Einfluß d. Proc. auf d. mater. Rechtsv. Th. II §. 18—20; Wetzell, System, Abth. 1 S. 88. Auch in den unter dem Einfluß des röm. Rechts zu Stande gekommenen deutschen Statutar-Rechten ist dieser Gesichtspunct unverkennbar; so heißt es z. B. in der Frankfurt. Reform. Th. I Tit. 17 §. 4: „Auch mag der Kläger sein fürbrachte Klag wol endern, bessern, mindern oder mehren, doch daß solches vor Befestigung des Kriegs geschehe, vnd daß der Kläger dem Beklagten den Gerichts Kosten, biß dahin auffgelauffen, — zuvorderst erlege.“ §. 5. „Nach Befestigung aber deß Kriegs, mag der Kläger seine Klag weiter nicht Emendirn, noch seines Gefallens verendern, Er wolt dann dem Antworter allen, solcher mangelbaren Klag halben auffgewandten Vnkosten zuvorderst abtragen, vnd demnach von neuwen dem Beklagten fürgebieten lassen, vnd gegen jhme anderwerts klagen.“ §. 6. „Gleichwohl mag der Kläger seine Klag vor oder nach Befestigung deß Kriegs, da es die Notturft erfordert, Declariren vnd erläutern, doch vnverruckt vnd vnverwandelt, derselben Substantz, beyde in Narratis vnd dem Beschluß, oder endlichen Petition.“

21) Heffter, a. a. O., S. 442.

schen Praxis Anerkennung gefunden, indem danach der Kläger, in Folge stattgefundener Einlassung des Verklagten, seinen Antrag nicht ändern kann, wenn gleich solcher etwa durch eine eingetretene, von der früheren abweichende, Lage der Verhältnisse für ihn nachtheilig geworden seyn sollte [22]). Wenn nun in Beziehung hierauf die Frage entsteht: ob durch Zulassung einer Klagveränderung eine Nichtigkeit begangen sey? so ist, auch wenn in dieser Hinsicht ein specielles Verbot jener ergangen wäre [23]), stets im einzelnen Falle zu prüfen, ob ein Verstoß wider wesentliche Bestandtheile des Processes begangen worden? Dabei fragt es sich demnach zunächst also weiter: wann überhaupt von einer Aenderung der Klage, zum Unterschied von einer bloßen Verbesserung, die Rede ist? Die Praxis in Hessen liefert eine Reihe von Belegen für deren Beantwortung.

Als Grundsatz hat man hier angenommen, daß eine unstatthafte Aenderung der Klage vorliege: „so oft eine erst in der Replik vorkommende thatsächliche Behauptung, also eine Abänderung des einer Klage zum Grund gelegten Thatbestandes, von wesentlichem Einfluß auf die Vertheidigungsgründe des Verklagten sey" [24]), und „daß sie das Aufgeben eines Bestandtheils der angestellten Klage voraussetze" [25]). Wenn daher in der Replik eine Abweichung von dem Inhalt der Klage rücksichtlich des Streitobjects [26]), oder der Person der Streittheile [27]),

---

22) wenn z. B. auf Abnahme einer dem Verklagten verkauften Sache geklagt wäre, deren Preis nachher gestiegen war, Aprath g. Wieggrefe, O. A. G. D. v. 24/11 1819. So können auch die Mängel einer Klage, die deren theilweise Zurückweisung zur Folge gehabt haben, nach Eröffnung des Processes und stattgefundener gegenseitiger Verhandlung über einen andern Klagpunct in demselben Verfahren nicht verbessert werden, Scriba g. Flügel [6975] 10/6 1840.

23) wie z. B. in der Hanauer U. G. Ordn. v. 1764 Tit. 7 §. 8 a. E.: „Nach der Kriegsbevestigung — hat keine andere Abänderung" (der Klage) „als eine gänzliche" (wodurch der Kläger die Klage fallen läßt 2c.) „statt."

24) Bachmann g. v. Bischoffshausen [4267] 1822.

25) Kühn g. Bachmann, O. A. G. D. 15/2 1826.

26) Der klagende Theil verlangt „Eichenholz", statt des früher begehrten Buchenholzes, Pfar. Fechenheim g. Gem. F. [7261] 1/9 1840; oder erweitert das Bestreiten in seiner negatorischen Klage, z. B. in Beziehung auf ein ausgedehnteres Areal des Huterechts, Reinhard g. Fisc. Pr. [9272] 21/1 1846.

27) Als unzuläßige Klagänderung ist es angesehen worden, wenn ein anderer,

oder des Klaggrundes[28]), — insbesondere bei dinglichen Klagen[29]), — oder der Klagbitte[30]) stattgefunden hat, so erscheint

---

als der in der Klage bezeichnete Verklagte heran gezogen werden soll, Maier g. Fisc. Pr., O. A. G. D. v. 1831, z. B. die Landesherrschaft in der Klage, in der Replikhandlung dagegen der Staat als zum Ersatz des Wildschadens bezeichnet war, Fisc. Pr. g. Sprenger [1260] 7/9 1850. Oder wenn in jener Kläger kraft eignen Rechts geklagt, in dieser aber eine Cession behauptet hatte, Meilert g. Flescher [7825] 21/5 1825.

28) Wird aus einem bestimmten Klaggrund geklagt, so ist der Richter nicht befugt, jenem einen andern, dem Kläger zuständigen, mit dem derselbe ebenwohl zum Zweck gelangen könnte, zu substituiren, Giegengack g. Friedrich, O. A. G. D. v. 23/6 1819; es soll ein Wechseln des Klaggrunds als unzulässige Klagänderung nicht stattfinden, Gem. Ersrode g. v. Riedesel, 22/11 1820, Singular-Succession z. B nicht statt der Universal-S. (Höxter g. Gem. Roth [2150] 3/5 1850) und im Ehescheidungs-Proceß wegen Ehebruchs, statt des anfänglich benannten Genossen des verklagten Theils, später nicht ein anderer berücksichtigt (Hatzfeld ux. g. ihr. Ehem. [1092] 12/10 1847); nachdem eine Klage auf einen bestimmten Vertrag (vorliegend vom J. 1831) gegründet worden, statt dessen nicht auf einen, damit im Widerspruch stehenden (v. J. 1830) sich bezogen werden, Röhnert g. St. Fritzlar [3614] 12/12 1835. Es ist für unzulässig erachtet worden: daß der Staatsanwalt, nachdem er die Zulassung einer Klage als auf einem privatrechtlichen Servituten-Verhältniß beruhend darzustellen gesucht hatte, später erst deren Begründung durch Bezugnahme auf das dem Staat zustehende Kriegshoheitsrecht zu bestreiten unternahm, Fisc. Pr. g. Gem. Wehlheiden [843] 4/1 1851; — sowie daß, nachdem Kläger in der Klage den Besitz des Rechts ein Maaß Rauchhafer von den Ortsbürgern einer Gemeinde, die eine Feuerstätte haben, so wie die Störung in diesem Besitze von Seiten des Verklagten als Ortsbürger und Hausbesitzer geltend gemacht hatte, — er in der Replikhandlung jenen Besitz wider den Verklagten vermöge der Leistung desselben als Hausbesitzer und der dadurch begründeten Quasipossession für sich in Anspruch nahm, und erkannt, daß, bei der solchemnach vorliegenden Veränderung der Klage, oder doch der Ungewißheit darüber, auf welches der erwähnten verschiedenen Verhältnisse sie eigentlich begründet werden solle, die Abweisung der Klage, wie angebracht, den Kläger nicht beschwere, Isenburg-B. g. Knoth [1117] 21/3 1848.

29) Nach dem Gesetz v. 20. Dec. 1840 §. 12 sollen alle zur Begründung dieser Klage erforderlichen Thatsachen sofort in der Klagschrift „speciell" angeführt werden. Daher wurde angenommen, daß eine Verbesserung der angestellten Rei vindicatio in Beziehung auf den Erwerb des Eigenthums des Vorbesitzers nicht zuläßig sey, Eschwege g. Spiro [8738] 9/10 1844.

30) Als solche nur auf 4 pc. Zinsen sich bezog, in der Replikhandlung aber um Zuerkennung von 5 qc. gebeten (v. Klenke g. Schwarzenberg [9510] 30/8 1845), dem Antrag auf Verzugszinsen in der letztgedachten Handlung eine weitere Ausdehnung in Ansehung der Zeit des Bezugs gegeben war (Hanauer Wittw.-

alsdann die Klage in unstatthafter Weise verändert. Wäre nun aber auch hierüber kein Zweifel, so würde doch damit noch nicht die Existenz einer Nichtigkeit des darauf sich beziehenden Richterspruchs festgestellt erscheinen [31]); vielmehr kommt dabei die Beschaffenheit des Gegenstandes, auf welchen die Klagänderung sich bezieht, wesentlich in Betracht. Hätte also das Gericht z. B. in Beziehung auf die Person der Parteien eine solche zugelassen, so würde allerdings, da hier von einem Substantiale des Processes die Rede ist, eine Nichtigkeit vorliegen. Anders dagegen verhält es sich, wenn es sich um Auffassung sonstiger Thatsachen, durch welche eine solche Aenderung vorgegangen seyn soll, handelt. Denn hier öffnet sich das Gebiet der richterlichen Beurtheilung und schließt sich das der Nichtigkeitsbeschwerde. Daher hat man die letztere für unbegründet erachtet, wenn es sich fragte: ob eine Klagänderung oder eine zuläßige Klagerläuterung vorliege [32])? und z. B. angenommen, wie darin, daß die in der Replikhandlung vorgebrachte in Haupt- oder Nebenumständen von der Klagbehauptung abweichende Angabe als Erläuterung der Klage, z. B. in Ansehung des Gerichts-

---

Casse g. Breul [6965] 31/3 1841), — wurde darin eine solche Klagänderung gefunden. Als die ursprüngliche Klagintention nur die Gleichstellung der Conferenden und somit nur einen Theil der gemeinschaftlichen Erbschaft betraf, in der Replikhandlung aber um Verurtheilung der Verklagten zur Vertheilung des Nachlasses und Herauszahlung der von ihnen in Folge bewirkter Gleichstellung zu entrichtenden Beträge gebeten war, wurde, beim Widerspruch des Verklagten, ein Gleiches angenommen und daher der Inhalt der Replik nicht berücksichtigt, Löser g. Hamburger [1105] 26/4 1849.

31) Daher wurde in der hessischen Praxis ausdrücklich anerkannt, daß, weil in den Gesetzen die Grundsätze über Zulassung der Klagänderung nicht bestimmt ausgedrückt seyen, aus einem Verstoße wider jene Principien eine Nichtigkeit noch nicht folge, Schütrumpf g. Böhmer, O. A. G. Decr. v. 6/9 1834. Aber auch dann wenn ein Gesetz, wie die oben (S. 251 Not. 23) erwähnte Bestimmung der Hanauer U. G. Ordn., einen solchen Ausspruch enthielte, würde immerhin noch die Frage entstehen, ob eine Klagänderung ein Proceß-Substantiale enthalte.

32) Semmelroth g. Gem. Wolfsanger [1846] 21/11 1850; Wagner g. Brünett [8926] 1/8 1846; — was namentlich eintritt, wenn das Gericht nachträgliche Erläuterungen nicht zuließ, indem man darin eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Processes nicht fand, Wiegand g. Rohde [8618] 7/1 1843; Ofenberg g. Krüger [901] 2/6 1847.

standes [33]), zugelassen, solche zu Beweis gestellt [34]); sowie darin, daß die in der Klage rücksichtlich des Betrags der Forderung und der Art und Weise der angeblich vollständigen Befriedigung des Verklagten gemachten Angaben als zu unbestimmt angegeben erachtet, in der Replikhandlung nur eine Verbesserung der Klage gefunden und daher als für statthafter Weise vorgebracht erkannt worden sey, kein Grund zur Anfechtung dieser Aussprüche als nichtig vorliege [35]). Dieß wurde z. B. in dem Fall angenommen, wo der Klagantrag nur auf Zuerkennung einer Kaufgeldsforderung von 90 Thlr. gerichtet, in der Replikhandlung dagegen der Anspruch um 4 Thlr. höher angegeben war, indem zur Rechtfertigung der Umstand angeführt und für entscheidend erachtet wurde, daß dieses letztere Anführen auf das Resultat einer angestellten Berechnung sich gründe und darum jene Abweichung erfolgt sey [36]). Es rechtfertigen sich diese Grundsätze schon im Allgemeinen aus dem Gesichtspunct, von welchem aus die richterliche Thätigkeit bei Prüfung der Klagen überhaupt zu beurtheilen ist. Denn, da es „judicis non minus cura esse debet in injungenda vitiosi libelli mutatione, quam in illo ex justa causa sustinendo“ [37]), so liegt es dem Richter auch ob, dem Kläger die Verbesserung heilbarer Mängel des Libells aufzugeben [38]) und bleibt es folgeweise, bei unbestimmter Fassung des letzteren, seiner Beurtheilung überlassen, von dem Kläger eine genaue Angabe des Rechtsgrundes seiner Forderung zu verlangen [39]). So kann er die Angabe der Entstehungszeit seiner Forderung zum Behufe einer umfassenderen Vernehmlassung des Verklagten von diesem begehren [40]), und es, da es dermalen

---

33) Als in der Klage derselbe nicht näher begründet, dieser Mangel aber in der Replikhandlung beseitigt war, wurde die deshalb wider das von der Begründetheit des Gerichtsstands ausgehende Urtheil erhobene N.-Beschwerde zurückgewiesen, Berns g. Wenz [8301] 18/2 1843.

34) Metro g. Haberstumpf [9388] 26/6 1844.

35) Goldwein g. Granau [9089] 21/8 1844.

36) Elias g. Kaiser [4876] 29/8 1838.

37) G. L. Böhmer, princip. jur. can. §. 750.

38) Martin, Civilproc. §. 141.

39) Fisc. Pr. g. Schönau [1557] 1818.

40) Keßler g. Loderhose [94] 1829.

auf den bloßen Namen einer Klage nicht weiter ankommt, der Richter vielmehr von Amtswegen die rechtlichen Versehen eines Sachführers zu verbessern hat, dem Kläger nicht schaden, daß der Klage eine unrichtige Bezeichnung gegeben worden ist, wenn nur eine andere verwandte Klage rechtlich sich begründet findet und nicht etwa auf einen bestimmten Klaggrund sich beschränkt worden ist[41]), indem die juristische Auffassung vorgetragener Klagansprüche als Sache des Richters erscheint und unrichtige Darstellungen dem materiell begründeten Anspruche nicht nachtheilig seyn dürfen[42]). In gleicher Weise liegt es aber dem Richter auch ob, der Prüfung der Replikhandlung sich zu unterziehen und wenn er, bei in Folge derselben hervortretenden Widersprüchen mit den Klagangaben, zu dem Ergebniß gelangt, daß durch Erläuterungen, wozu insonderheit in Hessen die s. g. Verhandlungstermine[43]) Gelegenheit darbieten, eine Beseitigung zu erreichen

---

41) Vergl. S. 252 Note 28.

42) l. un. C. ut quae desunt (2. 11): »Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire.« — Weber, Beiträge z. Lehre v. d. Klagen rc. St. 2 S. 6; Decis. Cass. T. I dec. 85 n. 11; Pfeiffers pr. Ausf. B. I S. 10 fg.; B. VII S. 492 fg. Es kann demnach ein günstigerer Klaggrund, welcher in gesetzlicher Bestimmung beruht, dem gewählten substituirt werden, Ziegler g. Nicolai, 1827; Schäfer g. Hoyß, 1831. Als z. B. der Kläger seine Klage gedankenlos „possessorische Negatorienklage" genannt und die Jenaer Juristen-Facultät — in Folge der Actenversendung dahin — deshalb solche als unstatthaft zurückgewiesen hatte, wurde beim O. A. Gericht zu Cassel die für den Fall passende actio confessoria utilis unterstellt und deshalb auf Beweis erkannt, „da man billig nicht so streng seyn dürfe, eine unrecht benannte Klage, wenn sie anders auf die Sache selbst passend sey, sogleich zurückzuweisen (Estor, gem. u. Reichs-Proc. §. 89. 2), der Richter vielmehr gehalten sey, Dasjenige, was die Parteien und deren Advocaten in jure verabsäumt hätten, zu suppliren", (wofür sich bezogen wurde auf: Mevius I, dec. 29 n. 9; Wernher T. II P. VII obs. 371 n. 2), Harmening g. Fisc. Pr., O. A. G. Besch. v. 1/7 1795. Daher wurde denn auch schon nach der früheren Praxis z. B. das remedium recuperandae statt des r. retinendae poss., Bickert g. Müller, 1824, die imploratio judicis, statt der novi operis nunciatio, Fuld. Metzgerzunft g. Knips, 1824, — die actio negatoria directa, statt der Syndicatsklage wegen vom Richter unbefugterweise eingenommener Gelder, Schäfer g. Hoyß, 1831, angenommen.

43) Nach dem provisor. Gesetz vom 22. Juli 1851 §. 61 soll nach dem Schlusse der Verhandlungen, wenn die Sache nicht zur sofortigen Ertheilung

stehe, eine eigentliche Klagänderung also nicht vorliege, so wird er bei dieser Erwägung regelmäßig nicht das Gebiet der Nichtigkeitsbeschwerde betreten. Immerhin ist aber bei eigentlicher Klagänderung die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels nicht schlechthin für ausgeschlossen zu erachten und die oberstrichterliche Praxis in Hessen hat darum in einschlagenden Fällen durch hypothetische Fassung der Gründe dessen Statthaftigkeit im Allgemeinen auch für solche Fälle angedeutet, in denen es nicht, wie in dem bereits früher erwähnten der Klagänderung in Beziehung auf die Parteien, um ein unzweifelhaftes Substantiale des Processes sich handelt [44]).

---

eines definitiven Erkenntnisses geeignet ist, der erwähnte Termin angesetzt und darin „die Vervollständigung der Verhandlung bewirkt werden." In der zu jenem Gesetz ergangenen Verordnung vom 30. Oct. 1851 §. 5 ist aber die nähere Bestimmung dieser Vorschrift dahin ertheilt worden, daß jene Verhandlungen „nicht über die in den Acten gegebene Grundlage hinausgehen dürfen; dabei jedoch so wenig Zugeständnisse, als zulässige Erläuterungen der Klagangaben oder der Vertheidigungsgründe ausgeschlossen seyn sollen."

44) So wurde in der Zulassung einer Beschränkung der vom Querulaten erhobenen Klage, „da der Klaggrund dadurch nicht verändert werde", eine Verletzung der Grundregeln des Processes nicht gefunden, Bräutigam g. Werner [8281] 12/5 1842, und weiter ausgesprochen: in Erw. „daß — wenn auch anzunehmen stände, daß wegen einer angeblich vorgenommenen Klagänderung eine Nichtigkeits-Beschwerde zulässig wäre, doch der Querulat eine Klagänderung nicht vorgenommen hat, indem darin, daß derselbe in der Klage das in Rede stehende Fahrtrecht für die drei darin näher bezeichneten, zusammen 23 Beete enthaltenden, Grundstücke in Anspruch genommen, in dem Augenscheinstermin dagegen erklärt hat, dasselbe nur für das darin näher bezeichnete Grundeigenthum in Anspruch zu nehmen, nur ein theilweises Zurücknehmen der Klage und darin, daß der Querulat in der Klage das fragliche Grundstück des Querulanten überhaupt als das dienende bezeichnet und im Augenscheins-Protocolle die Richtung, in welcher er, so wie seine Vorfahren, das Fahrtrecht ausgeübt und in welcher er solches in Anspruch nehme, angegeben hat, nur eine nähere Bezeichnung des Streitgegenstandes resp. eine Beschränkung der Klage enthalten ist", Döppner g. Fritz [1911] 10/9 1849.

Kapitel XV.

§. 50.

Oder durch unrichtige Beurtheilung der Begründung einer Einrede.

Die Grundsätze, welche rücksichtlich der Begründung von Einreden gelten, sind im Wesentlichen von den für die der Klage in Bezug genommenen nicht verschieden; und es kann namentlich dann, wenn es sich um die Auslegung der Verhandlungen über eine Einrede, die Prüfung ihrer Erheblichkeit und Begründung durch die vorgestellten Thatsachen handelt, in der deßhalbigen Entscheidung nur in dem Fall, wenn die Verletzung gesetzlicher Vorschriften oder die Hintansetzung wesentlicher Bestandtheile des Processes gezeigt würde, ein Grund der Nichtigkeit für vorhanden angenommen werden [45]). Es sind diese Grundsätze namentlich zur Anwendung gebracht worden, als es sich handelte von der Entscheidung über die Einrede der Vorausklage [46]), des nicht erfüllten Vertrags [47]), der Statthaftigkeit

---

45) Metz g. Müller [8500] 9/11 1842, in Erw.: „daß sowohl die Entscheidung über die rechtliche Begründung der Klage, als die über die Erheblichkeit der Einreden rc. als ein Ergebniß richterlicher Beurtheilung sich darstellen und demnach, da weder eine Verletzung klarer gesetzlicher Vorschriften, noch eine Hintansetzung wesentlicher Bestandtheile des Processes gezeigt worden, mit der N.-Beschwerde nicht angefochten werden können"; — Rabe g. Knieling [1220] 23/12 1847, in Erw.: „daß in der Auslegung, welche die Gerichte beider v. Instanzen von den die vorgeschützte Einrede betreffenden Verhandlungen gemacht und ihrer Entscheidung zum Grund gelegt haben, eine Nichtigkeit nicht zu finden ist"; — Feldstein g. Wüster [1486] 26/8 1842, in Erw.: „daß — hinsichtlich der Verwerfung der unter — vorgebrachten Einreden eine Nichtigkeit nicht für begründet zu halten ist, weil die Frage, ob durch die vorgestellten Thatsachen die vorgeschützte Einrede genügend begründet werde, der richterlichen Beurtheilung unterliegt."

46) Caletsch g. Schwaner [8212] 20/4 1842. In diesem Fall war von beiden die Rede. Es wurde angenommen: daß wenn der Richter die zuerst gedachte Einrede für nicht gehörig substantiirt und folgeweise ein wirksames stillschweigendes Geständniß desselben für nicht eingetreten gehalten habe, — eine Nichtigkeit damit nicht begründet werde.

47) Bauer g. Geiße [8181] 31/5 1842, in Erw.: „daß die vorliegende N.-Beschwerde sich als ungegründet darstellt, indem die Beantwortung der Frage, ob mit Rücksicht auf den Inhalt des Lehrvertrags, — die Einrede des nicht erfüllten Vertrags habe zugelassen und dem Querulanten der Beweis der gesche-

einer morae purgatio [48]). Ebenso wurde angenommen, daß das Erkenntniß über den Zweifel: ob die Einrede der Observanz, wie sie vorgebracht worden, erheblich und gehörig substantiirt, also zu Beweis zu verstellen sey, in gleicher Weise der richterlichen Beurtheilung überlassen bleibe [49]), wie die, daß die Annahme, es falle die Einrede aus dem Spolium mit der auf gleicher factischer Grundlage ruhenden Einrede des vitiösen Besitzes zusammen [50]). Nicht stets kann indeß bei Prüfung der Nichtigkeits-Beschwerde auf einen solchen Grund hin die Bezugnahme auf das richterliche Ermessen allein schon entscheidend seyn; vielmehr wird, nach Beschaffenheit der manchfachen Einwendungen, unter Umständen auf die Würdigung der Entscheidung selbst eingegangen werden müssen. Dieß gilt z. B. von der Einrede, welche auf die Existenz eines Zinswuchers sich bezieht. In einem Falle dieser Art war die Nichtigkeits-Beschwerde darauf gestellt worden, daß jener nicht angenommen worden sey. Das oberste Gericht prüfte durch Anstellung einer Berechnung, ob der Wucher als vorhanden sich darstelle und erklärte die Beschwerde für ungegründet, „weil aus der vom Kläger mit der Replik eingereichten detaillirten Abrechnung sich ergebe, daß Zins von Zins auf eine wucherliche Weise von ihm nicht berechnet worden sey" [51]).

---

henen Erfüllung habe auferlegt werden dürfen, der richterlichen Beurtheilung anheim fällt und eine etwaige unrichtige Ansicht keinen Stoff zu einer Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten darbieten kann."

48) Hupfeld g. v. Dörnberg, O. A. G. D. v. 1826.

49) Marburg. Centr.-Armencom. g. Eberhard [6308] 9/5 1840.

50) Gem. Neuses g. Bachmann [8182] 23/2 1842, in Erw.: „daß die von dem J. Amte in dem Beweis-Interlocute — ausgesprochene Verwerfung der Einrede des fehlerhaften Besitzes nach den Entscheidungsgründen auf der Annahme beruht, daß sie mit der zuerst vorgeschützten Einrede des Spoliums, welche mit ihr dieselbe factische Grundlage habe, zusammenfalle; — daß diese Annahme als Ergebniß der richterlichen Beurtheilung erscheint, überdieß eine Verletzung, welche die Querulantin hierdurch betroffen, sich nicht ersehen läßt, da die der verworfenen, gleich der gedachten anderen Einrede zum Grunde liegenden Thatumstände für erheblich zur Vertheidigung gegen die Klage erkannt und dem zufolge ihr zum Beweis gestellt worden sind."

51) Prinz g. Haeser [8148] 25/3 1843. Aehnlich wurde erkannt in S. Walter g. Löser [8982] 23/11 1844, in Erw.: „daß — wenn aus den angeführten Thatsachen das U. Gericht einen Wucher nicht für erkennbar hielt und

Kapitel XVI.

§. 51.

Fehlerhafte Beweisauflage.

In Hessen ist durch ausdrückliche Vorschriften eingeschärft, daß, wenn solches erforderlich, Beweis auferlegt, zugleich aber, daß solcher auf wirklich erhebliche und streitige Thatsachen beschränkt werden solle [52]).

A. Prüft man hiernach im Näheren die Voraussetzungen einer ergangenen Beweisauflage, so werden folgende Grundsätze sich aufstellen lassen:

---

auf diesen aus den thatsächlichen Verhältnissen, wie solche Querulant in seiner Exceptional-Handlung vorgebracht, hergeleiteten Reflexionsgrund seine Entscheidung stütze, eine Richtigkeit hierin nicht gefunden werden kann."

52) Gerichtsordn. v. 1497, Art. 17: „Den partheien sol beweisung ertheilt werden, die vff ja vnd beschehen ding, vnd nit der die jre meynunge auff neyn, oder auff vngeschehen ding setzt, Es were dann sach das sollich nein besunder vmbstend hett, Daraus man ia, oder beschehen ding wol verstehen möchte, das zu des Richters erkentnuß stehn sol." In der Cantzley-Ordn. v. 20. März 1656 Tit. IV §. 9 wird bestimmt, daß in dem Fall „da der Klagende teil intentionem fundatam hatte, welche durch des beclagten vorgeschützte exceptiones nicht in continenti vnd gründlich enerviret werden könte, alßdann dem beclagten theil sothane seine eingewandte exceptiones innerhalb gewisser zeit bey der Cantzley sub poena praeclusionis zu beweißen vferlegt werden soll." Nach der Unterger.-Ordn. v. 9. April 1732 Art. IV §. 1 soll, wenn die Duplik erstattet worden ist, die Sache gänzlich abgethan, oder zum wenigsten per interlocutoriam in die Wege einer baldigen Erledigung geleitet", es soll „dieses insonderheit ratione probationis in Obacht genommen werden, so oft die Partheyen in facto einander widersprechen"; unter der näheren Bestimmung im §. 2: „Weilen aber zuweilen ein oder der andre Theil von selbsten zu einem nichts relevirenden Beweisthum sich ultro erbietet, um nur die Sache dadurch confus und weitläufig zu machen, oder auch einige Unter-Richter bisheriger Erfahrung nach, oft auf einen solchen Beweis fallen, welcher, wann er schon dargethan, dennoch zur Entscheidung der Hauptsache nichts beyträget, sondern ganz umsonst ist: so haben Unsere Beamten &c. ein solches fürs künftige zu verhüten, mithin lectis actis wohl und sorgfältig zu überlegen, worin das Probandum eigentlich bestehen müsse? Folglich solches nach Gestalt der angestellten Klage und vom Gegentheil darwider eingewandten Exception (zumalen regulariter der Actor den Grund seiner abgeläugneten Klage zuerst und hernach der Beklagte seine Exceptiones nöthigen Falls zu probiren hat) durch einen Vorbescheid ordentlich zu reguliren —." Uebereinstimmend mit dieser letzten Vorschrift disponirte schon l. 9 C. de except. (8. 36).

I. Von einer Erheblichkeit jener kann alsdann nicht geredet werden:

1. wenn es an einem Rechtsgrunde überall, z. B. in Beziehung auf die Klage, um den Verklagten nach der Klagbitte zu verurtheilen, fehlt, der Beweis der betreffenden Thatsache sonach ohne allen Einfluß auf das Klagrecht seyn würde[53]). Hier wird man alsdann einen wesentlichen Mangel des Processes als vorhanden und das Verfahren insoweit für nichtig zu erachten haben[54]).

2. Wenn die Beweisauflage mit dem Rechtsgrunde der Klage ꝛc. im Widerspruche steht. Sie kann, wenn sie auch befolgt und der Beweis hiernach beigebracht wäre, auf die definitive Entscheidung keinen Einfluß behaupten[55]).

3. Leitet das Gericht von Amtswegen ein Beweisverfahren über das Daseyn eines Rechtsverhältnisses ein, ohne daß eine aus diesem erhobene Klage, insonderheit ein darauf sich beziehender Antrag, in dessen Gemäßheit demnächst erkannt werden könnte, vorliegt, so ist eine solche Auflage nichtig[56]).

4. Ein gleicher Erfolg tritt ein, wenn Thatsachen, welche gar nicht behauptet worden sind, zu Beweis gestellt werden[57]). Ob aber eine Behauptung nicht vorliege? kann

---

53) In diesem Falle ging man schon zu der Zeit, als die Beweis-Interlocute noch selbstständig anfechtbar waren, davon aus, daß der obere Richter solche übergehen könne, — vergl. Decis. Cass. T. I dec. 85; T. II. dec. 261 n. 8; Gem. Eichenau g. Fisc. Pr. [1057] 1831, wobei es für irrelevant erachtet wurde, daß in den Verhandlungen der Mangel des Klaggrundes nicht gerügt worden sey, Stöber g. Magistr. zu Neustadt [9229] 1829.

54) Gönner, Abh. Th. II S. 196.

55) Verschieden davon ist aber die Beweisauflage, welche zwar einerseits, weil sie entweder in der Befolgung mit Schwierigkeit verbunden ist, oder die Beweisauflage auf eine Partei legt, die dazu nicht verpflichtet erscheint, den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht, — andererseits aber doch nicht zu irrelevanten Resultaten führt, sondern den inhäsiven Leitfaden zum Endurtheile abgeben kann, Grolman, gerichtl. Verf. §. 214; Danz, ord. Prov. §. 416; Gönner, Abh. Th. I Abh. 10 §. 20; Th. III Abh. 60 §. 6, 7.

56) Schick vulg. Eckepries g. Arie [4098] 1836.

57) Röder g. Müller [7031] O. A. G. Besch. v. 11/12 1841. Es ist hier also nicht blos von einer Iniquität die Rede, wie sie z. B. vorliegt, wenn ein unvordenklicher Besitzstand zu Beweis ausgesetzt wurde, wiewohl er nicht be-

unter Umständen zweifelhaft und es wird, ist dieß der Fall, alsdann von jener Folge nicht die Rede seyn [58]).

II. Wohl aber tritt sie alsdann ein, wenn der Richter zwischen den Parteien nicht streitige Thatsachen zu Beweis ausgesetzt [59]), der Verklagte z. B. die Klage klar eingestanden hatte [60]); denn es bedarf ja überall da keiner Beweisauflage, wo dem Gerichte schon die erforderlichen Nachweisungen vorliegen, wie z. B. durch Notorietät, Gerichtskunde [61]), Acten 2c. [62])

III. Ebenso in dem Fall, wenn, ungeachtet klare und bestimmte Gesetze die Beweislast bestimmt haben, ihnen zuwider die letztere vertheilt worden ist [63]); vorausgesetzt, daß jene Eigenschaften des in Betracht kommenden Rechtes außer

---

hauptet war; indeß wies auch hier, als der Beweis für nicht geführt angenommen wurde, das O. A. Gericht die Beschwerde darüber zurück, weil schon die Beweisauflage ungerechtfertigt sey, Fisc. Pr. g. Jacobs [9129] 27/8 1845.

58) Brod g. Tannenberg [8237] 3/10 1843, in Erw.: „daß — wenn gleich Querulat die — zu Beweis gestellte Thatsache in der Klage nicht ausdrücklich behauptet hat, doch darin, daß das Untergericht in der auf den Ersatz des Werths des vertauschten Ochsens gerichteten Klage zugleich die Behauptung, daß dieser Werth durch die Krankheit des Ochsen ganz oder theilweise verloren gegangen sey, enthalten angesehen und, dieser Unterstellung entsprechend, den Beweis regulirt, als auch darin, daß es die solchergestalt erhobene Klage als begründet angenommen, nur als Ergebniß richterlicher Beurtheilung und weder eine Actenwidrigkeit noch eine Verletzung klarer gesetzlicher Bestimmungen zu finden ist."

59) Fisc. Pr. g. Eckhard [119] 1827.

60) Peil g. Mink [4117] 20/10 1838.

61) Deshalb wurde rücksichtlich des Bestehens eines Wittwencassen-Instituts Beweis nicht für nöthig gehalten, Hanauer W.-Casse g. Junk [9687] 30/10 1847.

62) So wurden Untersuchungs-Acten für vollständig beweisend und darum die Eröffnung eines Beweisverfahrens für überflüssig angenommen, Fisc. Pr. g. Schrader [6994] 8/11 1842.

63) Darüber vergl. das in Beziehung auf die Nichtigkeit wegen Gesetzwidrigkeit des Urtheils (Kap. XIX.) später Anzuführende. Es ergibt sich der obige Satz daraus, daß überhaupt dann, wenn eine rechtliche, oder vom Beweise befreiende besondere gesetzliche Vermuthung begründet ist, wie dieß z. B. bei der negatorischen Klage nach der Verordn. v. 31. Jan. 1749 §. 6, und in anderer Beziehung nach der Bauordn. v. 9. Jan. 1784 §. 40 fg. der Fall ist, von einer Beweisauflage überall keine Rede seyn kann.

Zweifel sind, indem außerdem das richterliche Ermessen entscheiden muß [64]).

B. Ist andererseits eine **Beweisauflage nicht erfolgt**, ungeachtet in den einschlagenden thatsächlichen Verhältnissen gehörig **geleugnet** worden war, so bietet um deswillen die darauf ergangene Entscheidung Stoff zur Nichtigkeits-Beschwerde dar [65]).

Abgesehen von diesen Grundsätzen gilt nun, nach Maßgabe des allgemeinen Princips [66]): „daß es in materia probationis fürnemlich auf das arbitrium judicis ankomme", als Regel: daß durch Regulirung des Eides und Vertheilung der Beweislast eine Nichtigkeit nicht begangen werde. Außer den Fällen, wo vom Standpuncte der Appellation aus betrachtet, von einer förmlichen Beweisauflage nicht die Rede [67]), und die letztere

---

64) Kranz g. Bachmann [7804] 19/10 1841, in Erw.: „daß die Bestimmung des **Beweissatzes** und der **Beweislast**, als Ergebniß des richterlichen Urtheils darüber, was zur Begründung der Klage gehöre und ob die vom Verklagten vorgebrachten Behauptungen Einreden oder verneinende Contestation enthalten, sich darstellt, — und daß keine klare gesetzliche Vorschrift vorhanden ist, gegen welche das Landgericht in seinem, der fraglichen Beweisauflage zum Grund liegenden, Urtheile verstoßen hat, — wird die N.-Beschwerde als ungegründet zurückgewiesen."

65) Primavesi g. Breitbarth [9935] 28/5 1845, in Erw.: „daß, wenn auch in dem Anführen des Querulanten in der Beschwerdenschrift zu b. Instanz, daß der factische Grund der Zwischenklage, — obgleich von ihm, dem Querulanten, geleugnet, nicht zum Beweis gestellt, sondern ohne Weiteres als richtig angenommen worden sey, die Darlegung einer Nichtigkeit im Allgemeinen wohl gefunden werden kann, eine solche doch im vorliegenden Falle nicht erfindlich ist, da rc."; Gem. Ronhausen g. Muth [9844] 19/4 1845. Hier hatte das Gericht in dem für minderwichtige Sachen angeordneten Verfahren, ungeachtet des vom Kläger angebotenen Beweises der abgeleugneten Klagfacta, denselben mit der Klage abgewiesen; hierin wurde ein Verstoß wider den §. 17 des Bagatell-Gesetzes v. 18. Oct. 1834 und daher eine Nichtigkeit gefunden.

66) Es ist dieses namentlich in Bezug genommen in dem **Fürstl. Rescript** an die Regierung zu Marburg (über die Frage: ob dem Tutor, Curator, Contradictor, der Glaubenseid zugeschoben werden könne?) vom 24. März 1772.

67) z. B. wenn es sich nur von provisorischer Feststellung der Alimente während der Dauer des Ehescheidungs-Processes handelt, deren Zuerkennung nicht von einer förmlichen Beweisauflage über die beiderseitigen Vermögens-Verhältnisse abhängig zu machen ist, Schaub g. s. Ehefr. [1189] 13/4 1848;

nicht auf Weiteres, als erforderlich, zu erstrecken ist [68]), — fällt also auch alsdann, wenn solche an und für sich weder für unerheblich, noch für klare gesetzliche Bestimmungen verletzend zu halten steht, ein etwaiger Mißgriff des Richters in der Regulirung und Vertheilung des Beweises [69]), oder in der Feststellung der Thatsachen, worüber die Zeugen z. B. vernommen werden sollen [70]), dergestalt der richterlichen Beurtheilung anheim, daß eine deshalbige Entscheidung dem Angriffe mittelst der Nichtigkeits-Beschwerde in der Regel nicht unterliegt [71]).

— oder wo die Reassumtion eines Rechtsstreits Seitens der Erben des ursprünglichen Streittheils in Frage steht, indem hier jedenfalls durch solche, ohne daß es einer Beweisauflage bedarf, die Erbschaft angetreten erscheint und nur der Tod des Erblassers, so wie das Verwandtschafts-Verhältniß mit solchem von der Partei darzulegen übrig bleibt, Rauh g. Koch [188] 21/7 1847.

68) Zindel g. Heckert [4863] 28/4 1838. Obgleich hier der Erwerb eines Dachtraufenrechts als durch unvordenkliche Verjährung erfolgt behauptet war, wurde gleichwohl vom O. A. Gericht gebilligt, daß nur der Beweis eines 10jährigen Besitzes erforderlich sey; — Stift Kaufungen g. Gem. Ober-K. [7619] 12/3 1842, in Erw.: „daß der Richter — keiner Partei ein Mehreres und namentlich eine andere Art der Verjährung zu beweisen auferlegen darf, als nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses nöthig ist.“ Vergl. Pfeiffers pr. Ausf. VIII, 213.

69) Glebe g. Schanz 1826 (1828); Braubach g. Franken [6765] 4/1 1840; Kranz g. Bachmann [7804] 19/10 1841; Gundlach g. Ziegler [8349] 18/11 1843; Möller g. Schmidt [8590] 18/10 1845; Greineisen g. Fink [1084] 7/10 1847. — Vergl. Weber, über Beweisführ., VI S. 154 fg.

70) Ide g. Naumann [1619] 8/12 1848.

71) Bauer g. Geiße [8181] 31/5 1842, in Erw.: „daß die vorliegende N.-Beschwerde sich als ungegründet darstellt, indem die Beantwortung der Frage: ob, mit Rücksicht auf den Inhalt des Lehrvertrags, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags habe zugelassen und dem Querulanten der Beweis der geschehenen Erfüllung habe auferlegt werden dürfen, der richterlichen Beurtheilung anheim fällt, und eine etwaige unrichtige Ansicht keinen Stoff zu einer Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten darbieten kann“; — Steinberger g. Fröhlich [366] 31/3 1846, in Erw.: „daß — die an der Abfassung des Beweissatzes und des directen Gegenbeweissatzes in dem untergerichtlichen Beweisinterlocute gemachte Ausstellung keinen Grund der N.-Beschwerde abgeben kann, — indem es hier nur darauf ankommt, ob der vom Obergerichte regulirte Schiedseid die bezüglichen Forderungen gehörig bezeichnet und ein etwa in dieser Hinsicht erscheinender Mangel, welcher aber nicht vorhanden ist, keine Nichtigkeit des O. G.-Erkenntnisses, sondern nur eine Verbesserung der Eidesformel zur Folge haben könnte“; — Müller g. Maienschein [882] 11/10 1847, in Erw.: „daß — eine Verletzung der Substantialien

Daher hat man denn vom Standpuncte der Beurtheilung der Nichtigkeits-Beschwerde z. B. eine Beschränkung in der Beweislast, mit Rücksicht auf die Untheilbarkeit des Streitobjects, auf eine der Parteien [72]), die Vornahme einer Veränderung derselben in Beziehung auf die Person des in den Vorverhandlungen genannten Mandatars durch Aufnahme des Mandanten in den Beweissatz [73]), ja selbst eine unrichtige Beweisauflage als einen dieses Rechtsmittel unterstützenden Grund nicht anerkannt [74]).

---

des Processes daraus nicht zu entnehmen steht, daß die in der Klage behauptete Thatsache des Kaufes zum Beweis verstellt worden; der richterlichen Beurtheilung aber es überlassen ist, ob und wieweit aus der in der Klage enthaltenen Darstellung der Art und Weise, wie der fragliche Kaufcontract angeblich zu Stande gekommen, jene Behauptung als begründet hervorgeht."

72) Schauberger g. Rüffer [5832] 28/5 1845, in Erw.: „daß die N.-Beschwerde ungegründet ist, da die Beschränkung des Beweissatzes und des Eides auf den mitklagenden Ehemann bei der Untheilbarkeit des Streitgegenstandes sich als unerheblich darstellt —."

73) Geiße g. Bernhardt [1566 a] 11/12 1848, in Erw.: „daß — da in den U. G.-Verhandlungen vom Querulaten die Personen namhaft gemacht worden waren, welche im Auftrage der Querulanten die Steine bestellt haben sollen, letztere auch nachgegeben haben, daß diese Personen von ihnen mit dergleichen Bestellungen beauftragt gewesen seyen, eine Nichtigkeit darin nicht zu finden ist, daß in dem Beweissatze nicht der genannte Bevollmächtigte erwähnt, sondern solcher auf die ihnen (den Verklagten) geschehene Ueberlieferung und auf eine ihrerseits geschehene Bestellung gerichtet ist, mithin die Handlungen der Bevollmächtigten als Handlungen der Querulaten betrachtet werden."

74) Duysing, N. Annal. d. Gesetzgeb. ꝛc. in Kurhessen B. I H. 2 (J. 1817) S. 111 fg.: Die Wittwe L. klagte wider die v. E., weil solche gegen einen Jahreslohn von 40 Thlr., vom 20. Oct. 1813, an sie gemiethet, sie aber schon nach wenigen Tagen aus dem Dienst wieder entlassen habe, den ¼jährigen Betrag ein. Die Verklagte leugnete die Entlassung und behauptete, daß die Klägerin den Dienst eigenmächtig verlassen habe. Das Gericht legte der Verklagtin den Beweis ihres Anführens auf. Die Klägerin stützte hierauf und daß nicht ihr der Beweis des Klagfactums auferlegt worden sey, deshalb die Behauptung der Nichtigkeit jenes Interlocuts, weil solches contra jus in thesi ertheilt sey. Das O. A. Gericht wies aber die Beschwerde zurück. Es wurde hierbei davon ausgegangen, daß eine unheilbare Nichtigkeit im Sinne des J. R. A., wie solche die O. A. G. Ordn. v. 1746 bei einer N.-Querel unterstelle, nicht vorliege. Der Unterschied, ob contra jus in thesi oder c. jus in hypothesi erkannt sey, sey verwerflich; dabei werde zudem erfordert, daß bei einem Verstoß der ersteren Art ein dem Richter nichts überlassendes Gesetz vorhanden sey und daß

Kapitel XVII.

Unrichtige Beurtheilung der Beweisführung, in Beziehung auf die einzelnen Beweismittel.

§. 52.

1. Ueberhaupt.

Von einer Nichtigkeit ist hier vornämlich dann die Rede, wenn es sich um einen Verstoß gegen die Gesetze, die Acten oder gegen wesentliche Proceßgrundsätze handelt. Der erwähnte zweite Verstoß würde aber voraussetzen, einmal, daß die Beweisführung auf Thatsachen gerichtet und für zulässig erkannt wäre, welche mit dem Beweissatze direct im Widerspruche stehen, oder daß die Annahme der Gewißheit jener Thatsachen auf Momente gestützt erschiene, welche gar nicht vorhanden oder doch völlig unerheblich wären. Läge die Sache so vor, dann würde allerdings eine Nichtigkeit begründet seyn, wie denn auch, was die angedeutete zweite Richtung betrifft, dieß angenommen worden ist, als es am Beweise gänzlich fehlte [75]). Abgesehen hiervon stellt sich aber regelmäßig [76]) die Prüfung des Ergebnisses der Beweisführung als Ausfluß des richterlichen Ermessens dar, was die Unterstellung einer Nichtigkeit ausschließt [77]). Dahin

---

in der Lehre vom Beweise für denselben ein weiter Spielraum bestehe, so wie endlich, daß das Wort »regulariter« in der oben (S. 259 Not. 52) angeführten U. G. Ordn. v. 1732 darauf hindeute, daß nach Umständen Ausnahmen stattfinden sollten. Vergl. §. 9. (S. 63 fg.)

75) Ungewickel g. Justi [6824] 2/4 1825.

76) Braubach g. Franken [6765] 4/1 1840, in Erw.: „daß die N.-Beschwerde als ungegründet erscheint, da die — Prüfung des Ergebnisses der Beweisführung dergestalt der richterlichen Beurtheilung anheim fällt, daß eine deshalbige Entscheidung dem Angriffe mittelst der N.-Beschwerde in der Regel nicht unterliegt, auch eine Ausnahme hiervon nicht dargelegt worden ist."

77) Decis. Cass. T. II dec. 217 n. 7, woselbst bemerkt wird: daß es bey der ganzen Materie de probationibus auf das arbitrium judicis hauptsächlich ankomme, und nur darauf zu sehen sey, daß der Richter von der Wahrheit überzeugt werde, wobei sich nicht leicht eine gewisse allgemeine Regel vorschreiben lasse (l. 3 §. 2, l. 3 de testib.); Hüttenmüller g. Herquet [8343] 21/12 1844, in Erw.: „daß — die Beschwerde ungegründet ist, da das Ergebniß einer Beweisführung aus der Prüfung der Erheblichkeit der dargelegten Thatsachen und des Grads der aus deren Nachweisung geschöpften Gewißheit für den Beweissatz, mithin durch richterliche Beurtheilung festgestellt wird."

wurde z. B. in Anwendung auf den Fall, wo es sich um den Beweis des Kaufs eines Zehntrechts [78]), des Eigenthums [79]) und in Beziehung namentlich auf den vom Gerichte angenommenen Grad des geführten Beweises handelte, ob er insonderheit vollständig, oder nur als bis zu einem nothwendigen Eid erbracht angesehen werden könne [80]), entschieden. Daß namentlich nicht

---

Aehnlich wurde erkannt in S. Blomeyer g. Giede [8385] 1/2 1843; Metro g. Haberstumpf [9388] 26/6 1844, in Erw.: „daß weder ꝛc., noch darin, daß die zum Behufe der Zeugenabhörung angegebenen Thatsachen für im Wesentlichen dem Beweissatze entsprechend und die Aussagen der Zeugen für denselben erschöpfend erklärt worden, eine unheilbare Nichtigkeit gefunden werden kann"; Kreis g. St. Gelnhausen [7006] 18/4 1840, wonach das Ergebniß der richterlichen Beurtheilung über den Werth vorgelegter Beweismittel mittelst der N.-Beschwerde nicht angefochten werden kann; Wilhelm g. Gerlach [8442] 24/8 1842, wodurch erkannt wurde, daß durch die unrichtige Beurtheilung des Ergebnisses des Beweises und Gegenbeweises eine Nichtigkeits-Beschwerde nicht zu begründen stehe, Metz g. Müller [8500] 9/11 1842.

78) Kratz g. Gem. Seckbach [9151] 9/9 1846, in Erw.: „daß — in dem der richterlichen Beurtheilung anheim fallenden Ausspruche des Gerichts 1. Instanz, daß dieser Beweis" (eine Gemeinde habe das Zehntrecht durch Kauf in einer gewissen Gemarkung erworben) „auf den Grund des producirten Contracten-Protocolls und der Zeugenaussage für geführt zu halten sey, eine Nichtigkeit nicht gefunden werden kann."

79) Bolz g. Frik [463] 23/5 1846, in Erw.: „daß — die Unterstellung des Obergerichts, daß Querulant — den Eigenthumsbeweis nicht geführt habe — weder einer klaren gesetzlichen Bestimmung zuwider ist, noch einen Verstoß gegen wesentliche Erfordernisse des Verfahrens enthält, vielmehr sich als das Ergebniß richterlicher Beurtheilung darstellt."

80) Schmidt g. Schulstelle zu Unhausen [2655] 2/7 1851 (abgedr. in d. Annal. B. V S. 567). Hier wurde ein O. G. Erkenntniß deshalb als nichtig angefochten, weil darin der dem Gegner des Querulanten auferlegte Beweis für vollständig geführt erkannt war, obwohl dieser selbst solches nicht, sondern nur beantragt hatte, den Beweis als bis zum Ergänzungseid für erbracht zu erkennen. Das O. A. Gericht wies aber die Beschwerde zurück, in Erw.: „daß — darin, daß das O. Gericht sich nicht an die von dem Querulaten in v. Instanz ausgesprochene Ansicht, wonach ihm der Erfüllungseid aufzuerlegen gewesen sey, gebunden, vielmehr den aufgelegten Beweis für vollständig erbracht angenommen hat, ein Ueberschreiten wesentlicher Voraussetzungen des processualischen Verfahrens nicht enthalten ist; — indem, abgesehen davon, daß das O. G. Erkenntniß über die Bitte des Querulanten in v. Instanz, die Klage abzuweisen, resp. sonst nach der Beschwerde reformatorisch zu erkennen, nicht hinausgegangen ist, auch die Entscheidung darüber, welches Erkenntniß an die Stelle

schlechthin jede Abweichung von den in dem Beweissatz enthaltenen Thatsachen eine Nichtigkeit zu begründen geeignet erscheine, ergeben schon die in der Praxis, namentlich in Hessen, ausgebildeten Grundsätze, welche von der äquipollenten Beweisführung gelten. Danach [81]) wird eine Beweisführung, wenn sie auch der Antretung zufolge von den Worten der Beweisauflage abweicht, doch alsdann, wenn nur dadurch der Grund der Klage oder Einrede, welche die Beweisauflage zum Gegenstand hat, nicht wesentlich verändert wird und wenn nur die Thatsachen, worauf jene Beweisführung gerichtet ist, mit den zu Beweis gestellten gleiche rechtliche Wirkung haben, für zulässig erachtet. Ist demnach in jener Richtung der Beweis zu führen unternommen worden, so kann darin kein solcher Verstoß erblickt werden, welcher dem Angriffe mit dem in Rede stehenden Rechtsmittel unterläge [82]).

---

des aufzuhebenden U. G. Bescheids innerhalb der durch die Beschwerdeführung gegebenen Grenzen zu setzen sey, der freien Beurtheilung des Obergerichts zukommen würde"; Weigand g. Wagner, O. A. G. D. v. 23/11 1825, wodurch erkannt wurde, daß die Entscheidung der Frage darüber: in wiefern der Beweis nach den vorgelegten Beweismitteln für geführt anzunehmen sey, und daher auch die Auflage des Erfüllungseides dem Angriffe durch eine Nichtigkeits-Beschwerde nicht unterliege. Vorausgesetzt wird aber, was einen so auferlegten Nothseid betrifft, daß nicht etwa der sonstige Beweis völlig mißlungen ist, vergl. des Verf.'s Gerichtseid, Th. III S. 147.

81) Vergl.: des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VI Nr. V: Ueber den Beweis per aequipollens (S. 64).

82) Sippel g. Wiegand [825] 1/5 1847, in Erw.: „daß — die Annahme des Unterrichters, daß der Beweis der 30jährigen Ersitzung als probatio per aequipollens zugelassen werden müsse, sich hier jedenfalls lediglich als Gegenstand richterlicher Beurtheilung darstellt"; — Heilbronn g. Vogel [2039] 9/2 1850, in Erw.: „daß — Querulant eine Nichtigkeit darin zu finden vermeint, daß das O. Gericht den gegentheiligen Beweis unter den Gesichtspunct eines örtlichen Gewohnheitsrechts für geführt angenommen hat, während der unterrichterliche Beweissatz auf unvordenkliche Verjährung gerichtet war; — daß jedoch die letztere von dem ersteren in der Anwendung auf das zu Grunde liegende Sachverhältniß nicht als in solchem Grade verschieden sich darstellt, daß die Beurtheilung unter dem Gesichtspuncte des Herkommens, während die Beweisregulirung auf unvordenkliche Verjährung gerichtet war, für nichtig zu halten wäre"; — Scheidemann g. Fisc. Pr. [2248] 6/9 1851, in Erw.: „daß — die Annahme des O. Gerichts, wonach die später erfolgte Einwilligung des

§. 53.

2. Beim Zeugenbeweis.

Abgesehen von der auf den Grund eines Verstoßes wider die Gesetze und die Acten hier möglichen Nichtigkeit richterlicher Entscheidungen, ist hier nicht wohl von einer Verletzung wesentlicher Bestandtheile des Processes die Rede, indem, wie bereits angeführt worden ist, das richterliche Ermessen beim Beweise überhaupt entscheidend ist und vorzugsweise hier wirksam sich erweist. Dieß zeigt sich:

1. was die Fähigkeit des Zeugen betrifft. Ob die nöthigen Eigenschaften solchem beiwohnen, ob z. B. ein Individuum wegen eigenen Interesses als Zeuge verwerflich[83]), ein Mandatar[84]), ein Mitglied des Gemeinde-Ausschusses in Gemeinde-[85]), ein Kastenmeister in die Pfarrei betreffenden Rechts-Sachen[86]) ꝛc. als vollgiltig in dieser Beziehung anzusehen sey?

Erbleihemannes in eine von der Erbleiheherrschaft gestellte Bedingung für erwiesen zu halten und derselben gleiche rechtliche Wirkung, als wenn diese Bedingung in der Consens-Urkunde zum Ansatzvertrage aufgenommen gewesen, beizumessen ist, als das Ergebniß einer dem Gerichte nach den Grundsätzen über die Beweisführung per aequipollens frei stehenden Beurtheilung so wenig durch den aufgestellten Beweissatz für ausgeschlossen, als mit dem klaren Inhalt der Acten im Widerspruch stehend betrachtet werden kann"; — Thomas g. Wunder [2613] 17/9 1851, in Erw.: „daß — die der Querulatin gemachte Beweisauflage „daß die angesetzten Deserviten angemessen seyen", den Beweis der Uebereinstimmung derselben mit einer bestehenden Taxordnung keineswegs ausschließt und jedenfalls schon aus dem Gesichtspuncte eines Beweises per aequipollens darauf sich bezogen werden kann."

83) Pfeffer g. Ruperti, O. A. G. D. v. 26/4 1826.

84) Jung g. Tugend [8446] 1843, in Erw.: „daß die Entscheidung der Fragen: ob S. wegen seines eigenthümlichen Verhältnisses" (als Mandatar) „zu der Sache für einen fähigen oder für einen unfähigen Zeugen zu halten sey, ingleichen, ob durch seine Aussage, in Verbindung mit den der andern Zeugen und dem Inhalte der in Bezug genommenen Urkunde der dem Querulaten aufgelegte Beweis soweit erbracht sey, um den Erfüllungseid zuzulassen, lediglich der richterlichen Beurtheilung anheim fällt, mithin keinen Stoff zu einer N.-Beschwerde darbieten kann."

85) Siemon g. Gem. Singlis [8390] 24/9 1842. Des Verf.'s N. Samml. Th. VII S. 617.

86) v. Müldner g. Pfarrei Elbersdorf [1033] 23/6 1847.

2. in welcher Zahl die Zeugen vernommen werden müssen? [87]) ferner

3. ob die von dem Beweisführer angegebenen Thatsachen als im Wesentlichen den Beweissatz erschöpfend dazu sich eignen, um die Zeugen bei dem Verhöre darüber zu vernehmen? [88]) sowie

4. die Frage darüber: ob der Zeugenbeweis für mißlungen [89]), oder für geführt zu erachten sey? 2c., — alle diese Fragen beziehen sich auf Puncte, welche, sofern nicht bestimmte gesetzliche Vorschriften, wie z. B. die, daß nicht auf eines Zeugen Aussage ein Beweis für geführt zu erachten stehe [90]), verletzt worden sind, nicht in die der Nichtigkeits-Beschwerde gezogenen Grenzen fallen. Namentlich in dieser letzteren Hinsicht ist eine solche Entscheidung lediglich als Gegenstand des richterlichen Ermessens betrachtet worden [91]), insbesondere, als sie sich bezog auf den Zweifel: ob auf den Grund des Zeugenbeweises allein [92]), oder auf einen solchen in Verbindung mit dem durch Urkunden unternommenen [93]) der Beweis bis zur

---

87) Die nähere Ausführung zur Erörterung dieser Frage s. in des Verf.'s Gerichtseid Th. III S. 54, 56, 57.

88) Rabe g. Rohde [9986] 28/5 1845; Metro g. Haberstumpf [9388] 26/6 1844.

89) Lion g. Lemp [5096] 20/7 1839, wodurch erkannt wurde, daß ein solcher Ausspruch, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Zeugenaussage, auf richterlichem Ermessen beruhe und mit der N.-Beschwerde nicht anzugreifen stehe.

90) Von solcher Gesetzwidrigkeit wird später im Kap. XIX die Rede seyn.

91) Fisc. Pr. g. Kehr, O. A. G. D. v. 26/11 1822; Leudel g. Friedrich, v. 22/3 1823; Kaufmann g. Hohl, v. 3/4 1823; Raabe g. R. [6439] 3/10 1840; Steinberger g. Fröhlich [366] 31/3 1846, in Erw.: „daß die Beweiskraft, welche das O. Gericht den Aussagen der Zeugen beigelegt hat, als ein Ergebniß richterlicher Beurtheilung sich darstellt."

92) Schauberger g. Rüffer [9832] 28/5 1845; Heinemann g. Biermann [1331] 12/2 1848, in Erw.: „daß es lediglich Gegenstand richterlicher Beurtheilung ist, ob durch die Aussagen mehrerer abgehörter Zeugen, welche zwar einzeln an und für sich nicht völlig beweiskräftig sind, oder den Beweissatz nicht erschöpfen, sich jedoch gegenseitig unterstützen, letzterer als soweit erbracht anzunehmen sey, um auf Zulassung zum Erfüllungseid zu erkennen, — und daher in dem ausgesprochenen Ergebnisse jener Beurtheilung eine unheilbare Nichtigkeit nicht zu finden ist."

93) Jung g. Tugend [8446] 19/8 1843; abgedr. oben Not. 84.

Auflegung eines nothwendigen Eides für erbracht angenommen werden müsse [94]).

Diese Grundsätze finden denn auch Anwendung in Beziehung auf den Fall, wo die in einem früheren Rechtsstreite erfolgten Zeugenaussagen benutzt wurden [95]).

5. Was das Zeugenverhör angeht, so bestehen zwar hier, abgesehen von der Art und Weise, wie dasselbe zu beurkunden ist, bestimmte Grundsätze darüber, wie solches stattfinden soll. Insofern es aber nicht von ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen, welche dabei verletzt worden seyn sollen, sich handelt [96]), wird von einer Ueberschreitung wesentlicher Proceßgrundsätze durch jene richterliche Thätigkeit nicht leicht die Rede seyn. Dem gemäß ist z. B. selbst in der Abwesenheit des Richters beim Zeugenverhör, welches, statt seiner, ein der Rechte kundiger Actuar im ordentlichen [97]) Proceß geleitet hatte, wiewohl die Uebertretung der deshalbigen Vorschriften eine dis-

---

94) Heinemann g. Naumann [9804] 28/1 1845, in Erw.: „daß die — N.-Beschwerde ungegründet ist, da es der richterlichen Beurtheilung anheim fällt, ob durch die Aussagen der abgehörten Zeugen vollständig oder bis zur Nachlassung des Erfüllungs- resp. Auflegung des Reinigungs-Eides erbracht worden sey, der hierüber ertheilte Ausspruch daher weder als actenwidrig zu betrachten ist, noch gegen klare gesetzliche Bestimmungen anstößt."

95) Rabe g. Rohde [9986] 28/5 1845, in Erw.: „daß der Querulant weder eine durch das angefochtene Erkenntniß erfolgte Verletzung klarer Gesetze, noch ein Urtheilen gegen den deutlichen Inhalt der Acten, noch ein Nichtbeachten wesentlicher Vorschriften des Verfahrens dargelegt hat; — insbesondere die Entscheidung darüber, ob und in wieweit die in einem früheren Processe erfolgten Zeugenaussagen als Beweismittel benutzt werden können, ob die von dem Beweisführer angegebenen Thatsachen dazu sich eignen, um die Zeugen bei dem Verhöre darüber zu vernehmen, — einen Nichtigkeitsgrund nicht abzugeben vermag."

96) Jene Eigenschaft käme z. B. zur Sprache in Betreff der Zahl der Zeugen, welche überhaupt von einer Partei vorgeschlagen werden sollen; vergl.: l. 1 §. 2 D. de test. (22. 5); c. 37 X. de test. (2. 20); Gaill observ. lib. I obs. 9 n. 3; obs. 163 n. 8; Hofmann Reichsprax. B. I §. 488; Heffter Instit. d. Civilpr. S. 211.

97) Für das rücksichtlich der minderwichtigen Sachen angeordnete Verfahren ist, im Fall der Richter solchergestalt an seiner Mitwirkung es fehlen läßt, Nichtigkeit durch das Gesetz angedroht, Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 8. Vergl. dazu des Verf.'s N. Samml. Th. VI S. 393 fg.

ciplinarische Ahndung zur Folge hat, doch ein Grund zur Annahme einer Nichtigkeit nicht gefunden worden [98]). Ein Gleiches wurde angenommen für den Fall, wo der Richter die Abhörung der Zeugen an einem andern Orte, als dem der vorgezeigten Localität, bewirkte [99]); sowie auch in Ansehung des Acts des Verhörs selbst, wenn er solches dergestalt vornahm, daß er, nachdem er einige vernommen und deren Aussagen hatte protocolliren lassen, die letzteren Seitens der übrigen Zeugen auf Vorlesung genehmigen [100]) und, wenn auch nicht wörtlich, doch dem Sinne der Deposition des Zeugen entsprechend, das Protocoll darüber aufnehmen ließ [1]).

§. 54.

3. Beim Urkundenbeweis.

Außer dem Fall des Verstoßes wider ein ausdrückliches Gesetz liegt und zwar auch als Nichtbeachtung eines wesentlichen Bestandtheils des Processes, die zugleich eine Actenwidrigkeit in sich schließt, eine Nichtigkeit alsdann vor, wenn gegen den klaren, ohne Weiteres sich ergebenden Inhalt einer

---

98) Stift Kaufungen g. Gem. Ober-K. [9313] 4/5 1844.

99) Fleischhut g. Most [6624] 11/4 1840, in Erw.: „daß es — keineswegs als ein processualisches Erforderniß erscheint, daß nachdem die Zeugen an Ort und Stelle in Gegenwart des Gerichts und der Parteien von der Localität die nöthige Kenntniß genommen hatten, deren Abhörung auch an eben dieser Stelle habe vor sich gehen müssen."

100) Lange g. Specht [5019] 15/6 1839, in Erw.: „daß die Zeugenabhörungs-Protocolle keineswegs ergeben, daß das Justizamt den Zeugen W. und N., deren Aussagen dasselbe als mit jener des früher abgehörten Zeugen J. W. übereinstimmend registrirt hat, die Aussagen des letzteren vor ihrer eigenen Deposition vorgehalten habe, vielmehr nach der Fassung dieser Protocolle anzunehmen steht, daß dieser Vorhalt, resp. diese Vorlesung erst dann erfolgt sey, nachdem die beiden erwähnten Zeugen übereinstimmend mit dem Zeugen J. W. ausgesagt hatten.

1) Kaiser g. v. Gilsa [2599] 12/7 1851, in Erw.: „daß Querulant nicht behauptet, noch weniger, wie erforderlich, nachgewiesen hat, daß das Protocoll über die Zeugenvernehmung die Aussagen der Zeugen ihrem Sinne entsprechend nicht wieder gebe, die nicht wörtlich geschehene Protocollirung des Zeugenverhörs aber keine Hintansetzung einer Proceßvorschrift enthält."

Urkunde erkannt wird [2]). Im Uebrigen aber ist die Entscheidung der Frage: ob und in wieweit der Beweis durch Urkunden erbracht worden, ob und welche Bedeutung z. B. den zum Zwecke des Beweises producirten Documenten beizulegen sey? eine solche, von der der Rechtsbestand des Processes nicht abhängt [3]); vorausgesetzt wird jedoch, daß der Ausspruch nur die Auslegung des Inhalts der Urkunde und nur einen Schluß aus den vorgebrachten Thatsachen enthält [4]). Demgemäß wurde, um einiger Beispiele zu gedenken, angenommen: in der Folgerung, es sey aus gewissen Angaben und Urkunden eine Erbschaftsantretung zu entnehmen [5]), es sey die Identität des in einer Urkunde bezeichneten Gegenstandes mit dem Objecte des Beweissatzes vorhanden [6]), ein Handelsbuch sey beweistüchtig [7]), in

---

2) Spangenthal g. Berge [8921] 3/1 1846, in Erw.: „daß zwar auch in einem Erkenntniß über den Inhalt einer Urkunde, in so fern die Entscheidung mit dem klaren, sich ohne Weiteres ergebenden Inhalte derselben im Widerspruch steht, eine Nichtigkeit gefunden werden kann; — daß aber die im vorliegenden Falle von dem Querulanten zum Beweise des Klaggrunds producirte Urkunde in Rücksicht auf ihre Fassung und die darin vorkommenden undeutlichen Ausdrücke keinen so klaren Inhalt hat, um die Annahme ihrer Unerheblichkeit in Beziehung auf den damit angetretenen Beweis als eine actenwidrige Entscheidung ansehen zu können."

3) Schunk g. Bromm [9422] 22/5 1844; Ide g. Naumann [1619] 8/12 1848; Hüttenmüller g. Herquet [8750] 29/6 1844, in Erw.: „daß — darin, daß das O. Gericht die in Abschrift producirten Urkunden ihrem Inhalte nach für undienlich zum Gegenbeweise gehalten hat, keine Nichtigkeit sich ersehen läßt, indem diese Annahme lediglich auf der richterlichen Beurtheilung beruht"; Speier g. Katz [1176] 10/11 1847, in Erw.: „daß die Frage, ob und in welchem Grade der dem Querulaten auferlegte Beweis durch diese" (Notar.-Urkunde) „vor der auf des Querulanten Antrag geschehenen Pfändung errichtete Urkunde zu erbringen stehe, im Allgemeinen Sache der richterlichen Beurtheilung ist, und daher Stoff zu einer N.-Beschwerde nicht abgeben kann."

4) In dieser Unterstellung verwarf das O. A. Gericht eine N.-Beschwerde in dieser Richtung, du Fais z. S. Breda g. N. [4887] 30/6 1838.

5) v. Spiegel g. Zurwesten [4896] 28/3 1838.

6) Rechtsfreund v. 1839 S. 4.

7) Siemon g. Freudenberg [7796] 11/6 1825. Hier hatte ein jüdischer Handelsmann eine Waarenforderung eingeklagt und auf sein Handelsbuch sich bezogen. Der Verklagte bestritt des letzteren Zulässigkeit; das O. Gericht verwarf aber diesen Einwand, und das O. A. Gericht die deshalb erhobene Nichtigkeits-Beschwerde, in Erw.: „daß das angefochtene Erkenntniß des O. Gerichts

einer Urkunde habe dieses oder jenes Rechtsgeschäft seinen Ausdruck gefunden [8]), könne die Begründung einer Nichtigkeit nicht gefunden werden. Es versteht sich übrigens alsdann, wenn überhaupt von einer in der fraglichen Beziehung eingetretenen Nichtigkeit die Rede seyn soll, von selbst, daß die Urkunde, rücksichtlich deren eine solche geltend gemacht wird, wirklich producirt resp. in Bezug genommen worden ist [9]). Schließlich wird noch bemerkt:

1. daß eine Nichtigkeit und zwar aus dem Grunde der Versagung des rechtlichen Gehörs alsdann vorliegt, wenn der Antrag auf Edition einer Urkunde, weil er nicht im vorbereitenden, sondern erst im Beweisverfahren gestellt sey, verworfen worden ist [10]);

2. daß der Ausspruch: es könne der zur Abwendung des Diffessionseides dienende Echtheitsbeweis noch in dem zur Ausschwörung jenes angesetzten Termins angetreten werden und es stehe dessen Zulassung die Verwerfung des früher anticipando, aber unvollständig angetretenen Beweises nicht entgegen, nicht gegen wesentliche Proceßvorschriften verstößt [11]).

---

nur ein richterliches Urtheil über den Umfang der Beweiskraft der Handelsbücher und deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall enthält, durch die etwaige Unrichtigkeit eines solchen Urtheils aber die vom Querulanten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde nicht begründet werden kann." Vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. III Abth. 1 S. 407.

8) Ofenberg g. Krüger [901] 2/6 1847, in Erw.: „daß es lediglich Gegenstand der richterlichen Beurtheilung ist, ob hier eine Expromission oder Delegation in Betracht gezogen und als factisch begründet angesehen werden kann; — daß eben so die Auslegung, von welcher das O. Gericht in Betreff des Inhalts der — Urkunde ausgegangen ist, als ein Ausfluß der Erwägung der für die eine oder andere Bedeutung streitenden Umstände sich darstellt."

9) Fisc. Pr. g. Schmidt [3465] 20/1 1836, in Erw.: „daß eine Nichtigkeit des O. G. Erkenntnisses nicht darin gefunden werden kann, daß nicht zur Ausmittelung der rücksichtlich der behaupteten Verjährung vermißten Zeitangabe ein Actenstück benutzt worden, welches nicht einmal von dem Querulanten selbst zu diesem Zwecke in Bezug genommen worden war."

10) Wiegand g. St. Fulda [1982] 22/9 1849. Ueber das Nähere vergl. des Verf.'s Gerichtseid, Th. III S. 324.

11) Jungermann g. Lahr [351] 11/2 1846. Vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. III S. 296 Not. 51.

§. 55.

4. Beim Beweis durch Sachverständige und Augenschein.

Da im Falle einer auf diese Weise versuchten Beweisführung das Urtheil Kunst-, Sach- oder Rechtsverständiger vorzugsweise thätig wird, so erhellt daraus, daß — außer einem vorliegenden Verstoße wider die Gesetze oder die Acten — von einer Nichtigkeit, insonderheit wegen Verletzung wesentlicher Bestandtheile des Verfahrens nicht die Rede seyn kann. Dieß ist denn auch zum Oefteren in der Rechtsprechung anerkannt worden [12]), z. B. in dem Falle, wo es darum sich handelte, ob ein Sachverständiger, ungeachtet er bereits ein Privat-Zeugniß in Beziehung auf den Gegenstand seines Gutachtens ausgestellt hatte, mit Recht zugelassen worden? [13]) ob der über das Eigenthum an einer Grundfläche auferlegte Beweis durch die Relation eines Landmessers geführt werden könne? [14]) ob bei einer Mehrheit von Sachverständigen das Princip der Majorität oder das der Subtraction (wie beim Zeugenbeweis) entscheidend [15]), die Bestellung von Sachverständigen von Amtswegen zulässig, sowie die Voraussetzung zur Einholung eines Superarbitriums allseitig vorhanden sey? [16]).

---

12) Fabra g. St. Fritzlar, O. A. G. D. v. 24/4 1824; Raabe g. R. [6439] 3/10 1840.

13) Tegtmeier g. v. Münchhausen [5232] 1858.

14) Peil g. Mink [4117] 20/10 1838.

15) Die zur Begutachtung eines angeblichen, durch eine Anlage bewirkten, Schadens benannten 3 Sachkundigen verneinen der Mehrheit nach die deshalbige Frage, nur einer bejaht sie. Die Gerichte 1. und 2. Instanz entscheiden die Beweisfrage nach der Majorität; der Kläger dagegen will das Subtractions-Princip angewendet wissen. Das O. A. Gericht verwirft aber die dahin gelangte deshalbige N.-Beschwerde, in Erw.: „daß die Beantwortung der Frage: ob bei Beurtheilung der Beweisführung durch Sachverständige die Grundsätze vom Zeugenbeweise Anwendung zu finden haben und ob insbesondere, wenn dem übereinstimmenden Gutachten von zwei Sachverständigen das eines Dritten entgegen tritt, der Beweis für geführt anzunehmen stehe? lediglich dem, einer N.-Beschwerde nicht ausgesetzten, richterlichen Ermessen anheim fällt.“ Vergl.: des Verf.'s Sachverständigen 1. Abth. S. 285 Not. 97.

16) Heilbrunn g. Freund [2603] 22/5 1851, in Erw.: „daß die — N.-Beschwerde als ungegründet erscheint, indem die Vernehmung von Sachverständigen, nach Beschaffenheit der Sache, von Amtswegen gestattet ist, — und

Was sodann das auf die Augenscheins-Einnahme sich beziehende Verfahren angeht, so ist die Zulassung von Verhandlungen über die Sache selbst, z. B. Erläuterungen der Vernehmlassung [17]) in solchem, nicht unter den Gesichtspunct der Richtigkeit zu stellen [18]).

§. 56.

5. Beim Beweis durch den Eid.

I. Was zunächst die einzelnen Eide, insoweit sie entweder freiwillige oder nothwendige sind, anlangt, so wird und zwar:

1. rücksichtlich der Eideszuschiebung, ungeachtet solche unzweifelhaft als ein zuläſſiges Mittel der Wahrheitserforschung den Rechten und der Regel nach gilt, doch nicht blos in dem Erkenntniß über die Statthaftigkeit, selbst wenn die Eidesdelation an einen Eidesunfähigen geschehen wäre [19]), sondern auch in dem über deren Unstatthaftigkeit [20]), kein Grund zur An-

---

die Frage: ob die deshalb erforderlichen Voraussetzungen zu der vom O. Gerichte angeordneten Einholung eines Gutachtens des O. Medicinal-Collegiums vorhanden waren, der richterlichen Beurtheilung unterlag; — sonach also der Mangel eines innerhalb der Beweisfrist angebrachten Parteien-Antrags auf Einholung eines Gutachtens der gedachten Behörde deren Zuläſſigkeit nicht unbedingt ausschloß."

17) Kropp g. Scheibelhuth [1234] 27/1 1849; Zipf g. Hadermann [8636] 16/11 1844.

18) Zipf g. Hadermann [8636] 16/11 1844, in Erw.: „daß weder darin eine Richtigkeit zu finden ist, daß das Gericht in einem zur Augenscheins-Einnahme bestimmten Termine Verhandlungen in der Sache selbst zugelassen hat, noch darin rc."

19) Des Verf.'s Gerichtseid Th. II §. 45 (S. 194). In dem hier erwähnten Rechtsfalle hatte der Verklagte zum Beweise einer Einrede dem Kläger den Eid deferirt, im Schwörungstermin aber solchen deshalb für unfähig zur Eidesleistung erklärt, weil er wegen Meineids gestraft worden sey. Das U. Gericht erklärte den Kläger für einen Solchen, der nicht schwören könne und wies die Klage zurück. Die von ihm deshalb erhobene N.-Beschwerde wurde in 2. und 3. Instanz als ungegründet zurückgewiesen, „weil es an einer klaren gesetzlichen Bestimmung darüber fehle, daß einem Eidesunfähigen gegenüber die Eidesdelation ein zuläſſiges Beweismittel sey."

20) Gem. Hintersteinau g. Kempel [6750] 8/2 1840; Bauer g. Geiße [8181] 31/5 1842, in Erw.: „daß — in der Verwerfung des unmittelbar über

nahme der Nichtigkeit gefunden. Dieß wurde unter Anderem sogar in dem Fall angewandt, wo die Eidesdelation zugelassen war, ungeachtet der Gegenstand des Schwörens auf unvordenkliche Verjährung sich bezog, wiewohl doch deren Beweis, nach einem constanten Gerichtsgebrauche, durch Zuschiebung des Eides nicht zu führen steht [21]).

2. Was die Eideszuschiebung betrifft, so hat zwar der Richter die Befugniß, alsdann wenn sie unzulässig ist, solche von Amtswegen zu verwerfen, da ihm überhaupt die Pflicht obliegt, die Beweismittel zu prüfen. Wiewohl nun demgemäß eine wider diesen Grundsatz anstoßende Relation, selbst ohne Antrag der Partei, zurückzuweisen ist [22]), so läßt sich doch aus ihrer Zulassung die Nichtigkeit des Urtheils nicht herleiten [23]).

3. In Ansehung der nothwendigen Eide kommt zunächst die Obliegenheit des Richters in Betracht, auf das Vorhandenseyn eines entsprechenden, theilweise wenigstens geführten, Beweises zu achten; und der Versäumung dieser Pflicht ist die Folge gegeben, daß ein Erkenntniß, wodurch, bei gänzlich mangelndem oder völlig mißlungenem Beweise, der Ausspruch z. B. auf einen Ergänzungseid ertheilt worden, für nichtig zu erachten

---

die Beweissätze zugeschobenen Eides ein Verstoß gegen klares Gesetz oder wesentliche Proceßvorschriften um so weniger enthalten ist, als die Allgemeinheit der Beweissätze eine Auflösung derselben in einzelne Thatsachen Seitens des Beweisführers nothwendig machte." Metz g. Müller [8500] 9/11 1842; Gaß g. Wacker [8294] 7/5 1842. In dieser letzteren Sache namentlich wurde in der Erklärung einer Eideszuschiebung für unzulässig, keine Nichtigkeit gefunden, ungeachtet, zufolge der hier zur Anwendung kommenden ausdrücklichen Vorschrift der Hanauer U. G. Ordn. v. 1764 Art. 21 §. 1, solche als ein „ordentliches Beweismittel" — mit alleiniger Ausnahme der Ehe- und Schwängerungs-Sachen — „stattfinden soll."

21) Kaiser g. Wrisberg [7467] 16/2 1840.

22) Sonneborn g. v. Löwenstein [2131] 1831; v. Reineck z. S. Meyer g. S. [3739] 1837.

23) Klug g. Albert, O. A. G. D. v. 1/4 1826. (Vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. II S. 302). — Schwaner g. Uhrhan [8626] 14/1 1843; Bernhardt g. Lade [135] 30/8 1845, wodurch ausgesprochen wurde, daß die Frage: ob ein deferirter Haupteid nach Lage der Sache vom Delaten zurückgeschoben werden könne, nur Gegenstand der richterlichen Beurtheilung sey, gegen deren Ergebniß die N.-Beschwerde nicht stattfinde.

seyn [24]). Abgesehen von einem solchen absoluten Mangel am Beweise kann dagegen auch hier die Frage: ob der Beweis durch Zeugen und Urkunden namentlich bis zu diesem letzgedachten Grad [25]), oder bis zum Reinigungseide [26]) erbracht worden sey? keinen Gegenstand der Anfechtung durch die Nichtigkeits-Beschwerde abgeben.

In specieller Beziehung auch auf den Manifestations-Eid müssen denn folgeweise die gleichen Grundsätze gelten, da auch hier das richterliche Ermessen allein entscheidend ist [27]).

II. Für die Frage: ob und wieweit in Beziehung auf die Eidesverweigerung eine Nichtigkeit begangen werden könne? sind die Grundsätze von entscheidender Bedeutung, welche in Beziehung auf die Contumacia überhaupt, sowie die particularrechtlichen Bestimmungen, welche für jene besondere Art des Ungehorsams gelten [28]).

III. Rücksichtlich der Eidesauflage ist von der Nich-

24) Ungewickel g. Justi [6824] 2/4 1825. Vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. III S. 147 Not. 76.

25) Weigand g. Wagner, 23/11 1825; Jung g. Tugend [8446] 19/8 1843; Schauberger g. Rüfer [9832] 28/5 1845; Heinemann g. Biermann [1331] 12/2 1848, in Erw.: „daß es lediglich Gegenstand richterlicher Beurtheilung ist, ob durch die Aussagen mehrer abgehörter Zeugen, welche zwar einzeln an und für sich nicht völlig beweiskräftig sind, oder den Beweissatz nicht erschöpfen, sich jedoch gegenseitig unterstützen, letzterer als soweit erbracht anzunehmen sey, um auf Zulassung zum Erfüllungseid zu erkennen, — und daher — in dem ausgesprochenen Ergebnisse jener Beurtheilung eine unheilbare Nichtigkeit nicht zu finden ist"; — Elias g. Wilhelm [1905] 30/6 1849, in Erw.: „daß — es jedenfalls Sache der richterlichen Beurtheilung ist, ob in der vom Querulanten im Schwörungstermine angegebenen Weise, wie er die Schuld der Querulaten an X. getilgt habe, eine mittelst des Ergänzungseids zu erhärtende Zahlung zu finden sey."

26) Heinemann g. Naumann [9804] 28/1 1845, in Erw.: „daß die — N.-Beschwerde ungegründet ist, da es der richterlichen Beurtheilung anheim fällt, ob durch die Aussagen der abgehörten Zeugen vollständig, oder aber bis zur Nachlassung des Erfüllungs-, oder resp. Auflegung des Reinigungs-Eides erbracht worden sey, der hierüber ertheilte Ausspruch daher weder als actenwidrig zu betrachten ist, noch gegen klare gesetzliche Bestimmungen anstößt."

27) Des Verf.'s Gerichtseid Th. III S. 395, 441.

28) Vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. II S. 320 fg., 328, und das später im Kap. XXII zu Erwähnende.

tigkeitsbeschwerde vorzüglich vom Standpuncte der Actenwidrigkeit aus betrachtet die Rede [29]). Außerdem hat aber hier das richterliche Ermessen wiederum einen weiten Raum. Daher wurde die Nichtigkeits-Beschwerde für ausgeschlossen erklärt:

a. in Beziehung auf die Annahme des Gerichts, daß Querulat den anfänglich angenommenen Eid, nachdem dessen spätere Zurückschiebung für unstatthaft erklärt worden war, noch ausschwören könne [30]);

b. in Ansehung des Erkenntnisses, wodurch der Diffessions- und Schieds-Eid in alternativer Weise, unter Gestattung der Wahl, auferlegt wurde [31]);

c. oder wodurch der Richter, statt über den eventuell zu- oder zurückgeschobenen Eid zu erkennen, einen Notheid [32]),

d. oder einen Eid dieser zuletzt gedachten Art im Fall der theilweisen Erbringung des Beweises der einer Urkunde billig einzuverleiben gewesenen Nebenverabredung auferlegte [33]);

e. oder wodurch er den Würderungseid zuließ [34]);

f. oder den Eid mit Rücksicht auf die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes auf einen der mehreren Verklagten beschränkte [35]);

---

29) Deshalb wird an geeigneter Stelle das Nähere in dieser Hinsicht erwähnt werden; vergl. Kap. XXI.

30) Fenner g. F. [9426] 22/6 1844.

31) Steinberger g. Fröhlich [366] 31/3 1846, in Erw.: „daß die Beweiskraft, welche das O. Gericht den Aussagen der Zeugen beigelegt hat, als ein Ergebniß richterlicher Beurtheilung sich darstellt; — und nach seiner Voraussetzung, daß durch dieselbe nur die Beweisführung des Querulanten mittelst der vorgelegten Urkunde entkräftet werde, in der alternativen Auflage des Diffessionseids, oder der Ausschwörung des angenommenen Schiedseids ein Widerspruch zum Nachtheil des Querulanten sich nicht darlegt, da danach, falls die Querulaten den ersteren Eid nicht leisten wollen und demzufolge die Urkunde für echt zu halten ist, es zur Ableistung des letzteren Eides kommen muß und mithin ihnen die Wahl zwischen der Ausschwörung des einen oder des andern Eides zu lassen ist."

32) Ziegler g. Römer [4989] 12/10 1839.

33) rücksichtlich deren nach hess. Rechte die Eidesdelation ausdrücklich verboten, in Betreff der Zulassung des Notheids aber nichts bestimmt ist; Gundlach g. Hildebrandt [1090] 13/11 1847. Ueber das Nähere vergl.: des Verf.'s Gerichtseid Th. III S. 227.

34) Kilian g. Rosenthal [1155] 3/11 1847.

35) Schauberger g. Rüffer [9832] 28/5 1845.

g. ferner die in der Eidesformel des Bescheids rücksichtlich des Zinsenlaufs erforderte Zeitangabe für noch zuläßig erachtete und zugleich — nachdem bereits der Eid über die Hauptforderung abgeleistet war — auf die Ableistung des Eides über jene erkannte [36]);

h. und die Frage entschied: ob die beantragte Modification der Eidesformel zuzulassen und ein Restitutions-Gesuch des Querulanten als qualificirt anzunehmen sey [37]);

i. wodurch sodann die Eidesformel in höherer Instanz regulirt [38]),

k. die Vorladung des Gegners zum Schwörungstermine unterlassen wurde, nachdem freilich beide Theile wider diesen Proceßmangel nichts eingewendet hatten rc. [39])

IV. In Beziehung auf die Eidesabnahme selbst wird nun zwar:

1. zunächst die Zuständigkeit des solche bewirkenden Richters erfordert; inzwischen hat man doch in dem Falle sowohl, wo die Abnahme durch ein Gericht, das darum gar nicht ersucht worden war [40]), als in dem, in welchem ein damit beauftragtes Gericht ein anderes, ohne Ermächtigung dazu, deshalb requirirt hatte [41]), nur solche Proceß-Mängel gefunden, welche durch beiderseitigen Willen der Parteien geheilt zu werden vermögen.

Unter diesen Gesichtspunct der Competenz ist denn aber auch der Fall zu stellen, wo, ungeachtet der durch ein devolutives Rechtsmittel abgewendeten Vollziehbarkeit des Eidsbescheids, gleichwohl auf dessen Grund vom Unterrichter in der Sache fortgefahren wird. Ist nämlich gegen einen appellabeln Bescheid auf einen Haupteid die Appellation beim erkennenden Gerichte angezeigt worden, so wird dadurch des letzteren Jurisdiction suspendirt; es ist mithin nicht befugt, vor Erledigung

---

36) Arnd g. Heurich [7631] 23/4 1842.
37) Nagel g. Naumann [2035] 24/11 1849.
38) Hupfeld g. Isenberg [7219] 3/4 1841.
39) Werner g. v. Eschwege [4245] 13/6 1838.
40) Werner g. v. Eschwege [4245] 13/6 1838.
41) Hanauer Wittw.-Casse g. Jacobi [7776] 18/2 1843.

des Rechtsmittels den Eid abzunehmen, und aus einem Zuwiderhandeln folgt die Nichtigkeit der Grundlage des Enderkenntnisses in diesem Puncte [42]).

2. In Betreff der schwurpflichtigen Partei liegt es zwar in der Natur der Sache, daß von den im Proceß bezeichneten, jene bildenden, Individuen die Eidesleistung gefordert werden müsse. Als indeß in einem Rechtsstreite zwischen den Parteien, von welchen der schwurpflichtige Theil mit einer durch einen Collectivnamen bezeichneten Firma versehen, für solche aber gleich anfangs eine physische Person aufgetreten und dieser in der Mittel-Instanz der Eid auferlegt worden war, wurde erkannt, daß darin eine Verletzung wesentlicher Bestandtheile des Processes nicht gefunden werden könne [43]).

Kapitel XVIII.

Mängel in Beziehung auf Bedeutung, Form und Zweck des Urtheils.

§. 57.

1. Nach der rechtlichen Bedeutung desselben.

Die dem Rechte des Richters entsprechende Pflicht [44]) desselben in Rechtsverhältnissen, je nach der Lage der Sache und des Instanzenzugs durch Decrete, Remissorialen, Bescheide zu urtheilen und zu erkennen, ist bedingt durch die Voraussetzung, daß der seinen Antrag darauf richtende Theil ein specielles, rechtliches und zur Verfolgung vor dem Civilgericht sich eignendes Interesse [45]), in einer bestimmten, an ihn gebrachten und im

---

42) Arnd g. Heurich [7631] 23/4 1842.

43) Arcularius g. Lynen Isaaks [156] 22/9 1846. Für die Firma war „Richard Lynen" als Kläger aufgetreten und als Schwurpflichtiger gerichtsseitig zugelassen worden.

44) Das Institut der Actenversendung ist in Hessen durch wiederholte Anordnungen abgeschafft; vergl.: O. A. G. Ordn. v. 15. Febr. 1746, VII §. 1; Verordn. v. 7. März 1747; Han. Hofg.-O. v. 17. Jan. 1747 XI Art. 26 §. 141; Han. U. G. O. v. 2. Jan. 1764, XV §. 7; Verordn. v. 17. März 1767 §. 7; v. 14. Aug. 1818 §. 10; Gesetz v. 23. Juni 1832 §. 103.

45) v. Boyneburgk g. Fisc. Pr. [7138] 31/1 1841, in Erw.: „daß — der

Wege der freiwilligen oder streitigen Jurisdiction geltend gemachten Rechts-Angelegenheit habe [46]); woneben indeß der Zweck des Gebrauchs eines solchen Judicats als eines Acts der Beglaubigung [47]), als eines Vertrags [48]), bestehen kann.

In Beziehung auf die besonders in Betreff der Anfechtbarkeit der Erkenntnisse in Betracht kommende Frage: ob ein solches ein selbstständiges oder einem solchen nur inhärirendes sey, erscheint die rechtliche Bedeutung der s. g. Inhäsiv-Bescheide oder Decrete von speciellerer Erheblichkeit [49]).

---

bloße Wunsch, über eine bestrittene Rechtsfrage eine gerichtliche Entscheidung zu erhalten, den Mangel der Darlegung eines rechtlichen Interesses nicht zu ersetzen vermag."

46) v. Weyher'sch. Lehnscommissar g. Oppenheimer [7585] 19/2 1842, in Erw.: „daß nur über Fragen, auf die es bei der Entscheidung einer Rechtssache ankommt, die Parteien eine solche erwarten dürfen, jenes aber aus den von dem O. Gerichte angeführten Gründen, bei dem Gegenstande der vorliegenden Beschwerde, nicht der Fall und die Behauptung des Appellanten, daß seinen Mandanten aus der Nichtentscheidung der von ihm angeregten Frage in andern Fällen ein Nachtheil entstehen werde, ganz unerfindlich ist."

47) wie eine solche z. B. als Act der Beglaubigung der Legalität der Verhandlungen in Betracht kam in S. Hecker z. S. Fisc. Pr. g. H. [8538] 11/10 1843.

48) wie beim Vergleichs-Bescheid, vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 263 fg.

49) So wird ein nach dem Erkenntniß auf Eidesleistung in Folge des Antrags, den Eid durch einen Mandatar leisten zu lassen und der darüber gepflogenen Verhandlungen, ertheilter Bescheid, wodurch der Antrag verworfen und es bei jenem belassen wird, nicht für ein Inhäsiv-, sondern für ein selbstständiges und darum appellabeles Erkenntniß erachtet, Gem. Preungesheim g. Zorbach [4734] 1/9 1838. — Wenn auch ein nach Leistung des Haupteids ergangener Endsbescheid nicht in dem Sinne ein Inhäsivbescheid ist, daß dagegen nicht ein Rechtsmittel zur nächsten höheren Instanz eingewendet werden könnte, wenn er an und für sich eine Beschwerde enthält (Mevius, P. VI dec. 396; Sieling g. Glebe [4515] 1832), — so ist er es doch in sofern, als der auf den Eid erkennende Bescheid den Endsbescheid, je nachdem der Eid abgelegt, oder verweigert ist, zur nothwendigen Folge hat; deshalb kann der letztere alsdann nicht mehr angefochten werden, wenn jener erstere nicht angegriffen wurde, Brinckmann g. Hansing [6912] 1/9 1841. — Als in einem andern Falle der Verklagte wider den die Ableistung des Erfüllungseids auflegenden Bescheid die Appellation ergriffen, jedoch die Einführungsfrist versäumt hatte und während der deshalbigen Restitutions-Verhandlungen in Appellatorio beim Untergerichte inmittelst der Haupteid ausgeschworen und danach vom O. Gericht die Appellation zurückge-

§. 58.

2. Nach der Form und dem Zwecke des Urtheils.

Der Beschluß kommt bei collegialischen Gerichten, in Folge einer auf die vorausgegangene Verhandlung der Parteien gehörig erfolgten Abstimmung der Mitglieder [50]), bei entstehender Meinungs-Verschiedenheit und in deren Folge nicht herzustellender Majorität durch die entscheidende Stimme des Directors, wenigstens bei den Mittelgerichten und dem O. A. Gerichte, zu Stande [51]). Das daraus hervorgehende Erkenntniß ist bei den

---

wiesen war, — führte der Verklagte in 2. Instanz die Nichtigkeits-Beschwerde in der Richtung nicht blos wider den Eidsbescheid, sondern auch gegen den Endsbescheid beim O. Gerichte ein. Das O. A. Gericht, an welches später, auf des Verklagten Appellation, die Sache gelangte, erklärte diese Richtung für zuläßig, „weil, wenn der Endsbescheid unangefochten geblieben wäre, eine Abänderung der vorhergehenden Bescheide zu keinem Erfolge habe führen können, derselbe aber nicht beim O. Gerichte anzufechten gewesen sey, weil er kein selbstständiges Gravamen enthalte, sondern nur die nothwendige Folge des auf den Erfüllungseid erkennenden Bescheids gewesen, gegen welchen das ergriffene Rechtsmittel vom O. Gerichte bereits zurückgewiesen worden sey", Meurer g. Lorsch [8023] 20/12 1842.

50) Seufferts Archiv, Bd. IX Nr. 233 (S. 310), Erk. d. O. A. G. zu Kiel v. 31/1 1835. Danach war ein Erkenntniß als unheilbar nichtig angefochten, weil in dem Verhandlungstermin, nach Uebernehmung und Verlesung der Vertheidigungsschrift des Querulanten durch dessen Anwalt, der Vorsitzende des Gerichts sofort, ohne die übrigen Mitglieder des Gerichts befragt zu haben, das Erkenntniß abgegeben und von dem Gerichts-Actuar habe protocolliren und verkündigen lassen. Die N.-Beschwerde wurde oberstrichterlich für begründet erachtet, da in dem eingezogenen Berichte des Gerichts der Angabe des Querulanten nicht widersprochen, sondern nur versichert worden war, daß von dem Vorsitzenden vor dem Eintritt des Anwalts des Querulanten mit den übrigen Gerichtsmitgliedern Rücksprache genommen worden sey und ein rechtsgiltiges Votiren Aller nicht habe stattfinden können, bevor der Querulant oder sein Anwalt gehört worden und das ohne vorgängige ordnungsmäßige Abstimmung abgegebene Erkenntniß daher wegen wesentlichen Mangels im Verfahren als nichtig zu betrachten sey.

51) So verhält es sich namentlich in Hessen: Sammt-Hofg.-Ordn. v. 1673 Art. XV §. 2; Regier.-Regul. v. 28. Juni 1761 §. 17; Proc.-Ordn. v. 5. Sept. 1745 §. 16; O. A. G. Ordn. v. 15. Febr. 1746 Tit. VI §. 5; Han. Hofg.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 §. 12. Bei den collegialisch besetzten Untergerichten ist dem Director ein solches votum decisivum nicht eingeräumt, Unterg.-Ordn. v. 9. April 1732, V §. 1, 2; Han. U. G. Ordn. v. 2. Jan. 1764 Tit. XV §. 1.

unteren Gerichten ebensowohl, wie bei den oberen schriftlich [52]), in deutlicher, bestimmter und mit genügender Vollständigkeit den Willen des Gerichts ausdrückender Sprachform [53]), in Beziehung auf den Eingang durch Angabe der Sachrubrik ꝛc. [54]), unter Hinzufügung der Entscheidungsgründe [55]), und auf die Dispositive mit etwa sonst geeigneten Verfügungen [56]), abzufassen. Hiernächst erfolgt der Eintrag in das Protocoll [57]), die Publication [58]), oder [59]) diese ersetzende In-

52) Vergl. die in der v. Note erwähnten Vorschriften. Die nur mündliche Ertheilung ist bei 10 Thlr. Strafe verboten, U. G. Ordn. v. 1732 Art. V §. 1; Han. U. G. O. Tit. XV §. 1.

53) Hanauer U. G. Ordn. v. 1764 Tit. 27 §. 2. Danach soll der Richter das Urtheil „dermaßen vollständig, richtig und deutlich abfassen, daß von Demjenigen, was bei der Hauptsache nach Einhalt des Verhandelten richterlich zu entscheiden und zu erörtern fällt, mit Stillschweigen nichts übergangen, noch dessentwegen auf die Acten sich bloshin und lediglich etwa bezogen, sondern alles (jedoch ohne Beyfügung derer Entscheidungs-Gründen) wörtlich ausgedruckt und genau bestimmt, nöthigenfalls auch die Puncten unterschieden, sofort alle Zweideutigkeit und Dunkelheit vermieden, auch durchaus keine Bedingung noch einige unstatthafte Alternation gebraucht — werden."

54) Vergl. im Näheren: des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. IV Abth. 2 S. 284 fg.

55) Vergl. das S. 44 bereits Ausgeführte und: Verordn. v. 19. Nov. 1816 §§. 1—3. Dadurch wurde sämmtlichen Justiz-Collegien und Justizämtern aufgegeben: „in allen ihren in bürgerlichen Rechtssachen ertheilten endlichen Erkenntnissen (Bescheiden, Remissorialen und Decreten), wie auch solchen Interlocuten, welche auf die Entscheidung der Hauptsache Einfluß haben, die Gründe des Erkenntnisses selbst kurz auszudrücken oder solche demselben besonders beizulegen", damit „den Parteien bei dem Verfahren in ihren Streitsachen die Ueberzeugung verschafft werde, daß die Urtheile auf die gerichtlichen Verhandlungen ganz nach Anleitung und Bestimmung der Gesetze gefaßt seyen." Vergl. jedoch Not. 53.

56) Vergl. darüber: des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 287, 288.

57) S. Hofger.-Ordn. v. 1673 Art. 15 §. 2; U. G. Ordn. v. 1732 Tit. 5 §. 2.

58) S. H. G. Ordn. v. 1673 a. a. O.; U. G. Ordn. v. 1732 a. a. O.; O. A. G. Ordn. a. a. O.; Han. Hofg. Ordn. a. a. O. Sie hat durch den Richter, nicht durch den Actuar, zu geschehen, Reg.-Rescr. v. 25. August 1788; v. 21. Nov. 1790; wird aber ersetzt durch eine aus den Acten hervorgehende Kenntnißerlangung Seitens der betr. Partei. Vergl. im Näheren: des Verf.'s N. Samml. IV, 2 S. 120, Not. 9, so wie das über die Insinuation und Publication an der betr. Stelle (S. 61 u. Kap. XIX) im Näheren Angeführte.

59) An die nach der cl. Saepe (2) de verb. sign. (5. 11) noch noth-

sinuation [60]) und bei den Untergerichten die umständliche und deutliche Erklärung des Inhalts des Erkenntnisses, sowie der Fatalien [61]).

In Beziehung auf den Zweck des Urtheils gilt, abgesehen von der Vorschrift, daß entweder auf eine Verurtheilung, — die dann auf eine bestimmte Summe gerichtet seyn muß [62]), — oder auf Entbindung [63]) erkannt werden müsse, für jene noch insbesondere:

I. daß sie nicht über die Bitte hinaus erfolge [64]), indem

---

wendige Form der Urtheils-Publication hatte man schon längst sich nicht mehr gebunden, sondern nach Gutdünken das Urtheil der Parteien in vim publicati schriftlich mitgetheilt.

60) S. die Schlußbemerkung der vorletzten Note.

61) U. G. Ordn. v. 1732 Tit. 5 §. 2.

62) zufolge der gemeinrechtlichen Regel in l. 2, 3 C. de sent. (7. 46). Nach der ersten Stelle soll, obwohl der Ausspruch eine certa quantitas nicht enthielt, derselbe doch als auf ein certum gerichtet und sonach für rata erachtet werden, weil er auf die Leistung der indemnitas ging. Nach der andern dagegen wird in der Zuerkennung der »usurae competentes«, neben der der Hauptschuld, keine zur Begründung der Judicatsklage geeignete Sentenz gefunden. Nach §. 32 J. de act. (4. 6) soll der Richter dafür sorgen, »ut omnino quantum possibile ei sit, certae pecuniae, vel rei sententiam ferat: etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.« — In S. Eberhard g. Fisc. Pr. [4372] 4/1 1838 berichtigte hiernach das O. A. Gericht zu Cassel von Amtswegen die Dispositive des angefochtenen Bescheids.

63) Für erledigt wird ein Anspruch (Pfeiffer g. P. [8772] 21/10 1843; Jeppe g. Fisc. Pr. [4458] 5/10 1842), ein Rechtsmittel (v. Bischoffshausen g. Demme [9749] 27/12 1845) erkannt, wenn eine darüber sich verbreitende Zurücknahme des deshalbigen Antrags resp. der Schrift vorliegt. — Die Verurtheilung kann auch mit Vorbehalt der Schadensliquidation geschehen, Muth g. Damm [6645] 10/7 1841; Schafhalter zu Morles g. H. [7685] 27/8 1842.

64) Es wurde angenommen, daß solches unzulässig selbst in dem Falle sey, daß durch Abschätzung im Beweisverfahren ein höherer Betrag ermittelt worden wäre, Schimmelpfeng g. Fisc. Pr. [6820] 19/6 1841. So beschränkt sich denn auch der Betrag der zuzusprechenden Zinsen auf den der Bitte, Gruner g. Ströbel [8488] 10/2 1844. — Dahingegen wurde in einem Falle, wo in der Mittel-Instanz vom verklagten Theil und Appellanten um Abweisung mit der Klage, resp. darum, sonst nach der Beschwerde reformatorisch zu erkennen, gebeten war, in letzter Instanz angenommen, daß das O. Gericht, wiewohl es sich nicht an die von dem verklagten Theil ausgesprochene Ansicht, wonach ihr der Erfüllungseid aufzulegen gewesen wäre, gebunden, vielmehr den auferlegten Beweis für vollständig erbracht anerkannt hatte, über die Bitte in v. Instanz nicht hinaus-

wenn in der That hiergegen verstoßen ist, eine Nichtigkeit begangen wird[65]); ferner:

II. daß sie nicht bedingt[66]),

III. nicht wider die Beweis-[67]) und Eides-Auflage[68]) ertheilt werde.

IV. Allerdings ist in Hessen bei Rechtsstreiten, in welchen mehrere Ansprüche geltend gemacht werden, darauf hinzuwirken, daß über die verschiedenen Posten zu gleicher Zeit endlich entschieden, oder ein Haupteid auferlegt und demnach in den Fällen, wo die vorbereitenden Verhandlungen über einzelne Posten noch fortdauern, das Erkenntniß über die bereits zu jenen erwähnten Entscheidungen reifen Posten, soweit es angeht, ausgesetzt werde[69]). Wenn nun auch als regelmäßige Folge der Nicht-

---

gegangen, von einem Ueberschreiten wesentlicher Voraussetzungen des processualischen Verfahrens also nicht die Rede sey, Schmidt g. Schulstelle zu Unhausen [2655] 2/7 1851. (Annal. V. 567).

65) Schmidt g. Wolfram [2486] 12/1 1833. Hier lag die Entscheidung über den Klagantrag hinaus in der unbedingten Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung des nur bedingt eingeklagten Reugelds. Vergl. Decis. Cass. T. I dec. 136 n. 1.

66) wodurch der Proceß im Anfang zwar entschieden, durch einen Anhang aber, z. B. Es wäre denn Sache 2c., wieder in das Ungewisse gezogen wird, Verordn. v. 7. März 1747; Han. U. G. O. v. 1764 Tit. 27 §. 2.

67) v. Münchhausen g. St. Oldendorf [3585] 24/5 1837. Durch Plenar-Beschluß wurde vom O. A. Gericht hier angenommen, daß der Endsbescheid nach dem Beweissatz sich streng richten und sonach, selbst bei freierer Fassung der Klage, keine Abänderung des letzteren enthalten dürfe. In einem weitern Falle wurde der Unterrichter deshalb, weil er im Widerspruche des Endsbescheids mit dem Beweisinterlocut erkannt hatte, worin eine Verletzung der Grundregeln des Processes, sonach ein Verschulden höheren Grades gefunden wurde, in die dadurch veranlaßten Kosten verurtheilt, O. A. G. Decr. v. 3/7 1841, abgedr. in den Annal. Th. II S. 703.

68) Fisc. Pr. g. Heinrich [9706] 27/6 1846, wodurch ein Endsbescheid für nichtig erkannt wurde, weil darin ungiltiger Weise eine Eidesleistung als zuläßig angenommen war, welche wider die ausdrückliche Bestimmung des Eidsbescheids verstieß.

69) Hanauer U. G. Ordn. v. 1764 Tit. 27 §. 3. — Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 30. So wurde beim O. A. Gericht rücksichtlich mehrer Klagposten verurtheilt, in Betreff anderer aber, unter Aussetzung des Erkenntnisses eines Theils derselben, in Ansehung der übrigen Verhandlungen eingeleitet, v. Allix g. Fisc. Pr. [6317] 3/10 1840. — Als der Kläger für geleistete mehrjährige

einhaltung dieser Vorschrift, abgesehen von dem Einfluß auf die Anfechtbarkeit eines solchen Bescheids [70]), eine disciplinarische Rüge in der oberen Instanz einzutreten pflegt [71]) — so wird doch, da ja unter besondern Umständen, eine Aussetzung der gedachten Entscheidung sogar geboten erscheinen kann [72]), darum durch jene Nichtbeachtung eine Nullität nicht begangen, weil dadurch, da ja nach den Worten der Bestimmung „wenn es angeht" und des dadurch dem richterlichen Ermessen gewährten Spielraums keine wesentliche Proceßvorschrift als verletzt sich darstellt.

Sind in dem decisiven Theil des Erkenntnisses einzelne Streitpuncte übergangen, in den Entscheidungsgründen aber solche vollständig beurtheilt worden, so findet deshalb eine Beschwerde in der höheren Instanz nicht statt, vielmehr ist zuvor

---

Dienste eine Vergütung in Monatsbeträgen eingeklagt, die Richtigkeit der letzteren in thesi bewiesen, die Leistung der Dienste aber nur für einen Theil der angegebenen Zeit dargethan hatte, — verurtheilte das O. A. Gericht für die Dauer der nachgewiesenen Zeit und legte auf den Grund einer Zeugenaussage dem Kläger im Betreff der übrigen Zeit den Erfüllungseid auf, Gleim g. Trömner [4795] 30/7 1839.

70) Wenn es sich um mehrere selbstständige Streitposten, z. B. Klage und Widerklage, handelt, so kann der Umstand, daß, mit Hintansetzung jenes §. 30, nur zu einem eine appellabele Entscheidung erfolgt, es nicht begründen, die an sich nicht appellabele Entscheidung auch hinsichtlich der andern Streitpuncte mit anfechtbar zu machen, Mergard g. Neuber, O. A. G. Entsch. v. 1836, Fischbach g. Schaub, O. G. Entsch. v. 1836. So wurde als in Folge der unterbliebenen Beobachtung des citirten §. 30 die Aussetzung des Erkenntnisses in Beziehung auf einen Theil des Streitobjects erfolgt war, eine die Appellation theils als unstatthaft, theils als unerwachsen zurückweisende Entscheidung herbeigeführt, Lamy g. Gerhard [9676] 21/1 1846.

71) So wurde auf eine wegen jenes Verstoßes an das O. A. Gericht deshalb eingebrachte Nichtigkeits-Beschwerde, statt auf diese einzugehen, eine Verweisung des betr. U. Gerichts auf den alleg. §. 30 verfügt in S. Frischmann g. Eberhard [8238] 4/6 1842.

72) In einem Falle, wo hinsichtlich eines bedeutenden Theils des Klagobjects definitiv, außerdem aber durch Vorbescheid erkannt worden war, fand um deswillen in der ersteren Beziehung eine Aussetzung des Erkenntnisses in der höchsten Instanz nicht statt, weil wegen dessen, auf das Bedeutendere gerichteten, Inhalts die Herbeiführung eines Vergleichs in Ansehung des Rests und damit die Erledigung des Rechtsstreits überhaupt wahrscheinlich, jedenfalls aber die Auszahlung des definitiv Zuerkannten beschleunigt erschien, Horst g. Fisc. Pr. [4121] 26/8 1837.

vom Richter voriger Instanz eine Entscheidung über jene Puncte zu verlangen [73]).

V. Was den Gegenstand der Verurtheilung betrifft, so ist hier nur des Kostenpuncts zu gedenken. Zwar kann darauf, im Gegensatz zu der durch das Vorhandenseyn der Erwachsenheit bedingten Appellation, die Nichtigkeits-Beschwerde bezogen [74]) und ihre Begründung bei vorliegender Ueberschreitung einer gesetzlichen Vorschrift [75]) gedacht werden. Das Erkenntniß rücksichtlich eines solchen Nebenpunctes unterliegt aber der Regel nach, namentlich in Betreff der Frage: in wiefern eine Partei unnöthige, eine Kostenvergleichung rechtfertigende, Verhandlungen veranlaßt habe? der richterlichen Beurtheilung, und ein solches läßt sich daher mittelst einer Nichtigkeits-Beschwerde nicht anfechten [76]).

Anders verhält sich dieß, wenn, nachdem im Endsbescheid die Kosten stillschweigend compensirt waren, in Folge eines späteren Gesuchs um Erläuterung solche zuerkannt wurden [77]).

Insbesondere ist hier des Falles zu gedenken, in welchem der untere Richter in die Kosten verurtheilt worden und über diese, aus dem Gesichtspunct einer disciplinarischen Ahndung aufzufassende Verfügung, von ihm Beschwerde geführt ist. Die Frage: ob die letztere als Nichtigkeits-Querel anzusehen sey? wurde verneint, da, in Ermangelung bestimmter gesetzlicher Vorschriften, die Prüfung der Voraussetzungen eines bei der-

---

73) Stuckhardt g. Gutberlet, O. A. G. D. v. 22/3 1834.

74) Fisc. Pr. g. St. Ziereuberg [7525] 9/2 1841.

75) Pfaff g. Bröske, O. A. G. D. v. 1824. — Ein solcher Fall wurde behauptet, lag aber nicht vor bei der angefochtenen Streichung der Deserviten eines Anwalts nach der Fuld. Verordn. v. 21. Nov. 1775 §. 37; Wilhelm z. S. Herbert g. W., O. A. G. D. 23/10 1822.

76) Annalen, Th. I S. 604; — Seeger g. Sommermann [7955] 9/10 1844; Fuld. Civilwittw. Com. g. M. [8949] 15/7 1843; Peter g. E. [7991] 14/6 1843; Walter g. Löser [8982] 23/11 1844; Bolinger g. R. [2923] 1835; Hebig g. Wallach [1041] 1834; Fisc. Pr. g. Schnabel [3915] 1831; Schmidt g. Gem. Eichenau, 1827; Wehrshausen g. Heck, 1823; v. Gehren g. Katten, 27/11 1822; Bohl g. Richard, 26/1 1822.

77) Darin wurde eine Richtigkeit gefunden, Weinberger g. Löser, O. A. G. D. v. 1826; Müller g. Bowind, 1821.

gleichen Unregelmäßigkeiten den Gestraften treffenden Verschuldens keinen Gegenstand einer solchen bilde, insonderheit die Nichtberücksichtigung des deshalbigen Antrags des Querulanten lediglich als das Ergebniß des richterlichen Ermessens sich darstelle [78]).

VI. Auch darüber: ob eine Sache zu einer Entscheidung hinreichend instruirt sey, steht, insofern jene auf zweiseitige Verhandlungen erfolgte, eine solche nicht zu erheben [79]).

§. 59.

3. Nach der materiellen Begründung des Urtheils im Allgemeinen.

Was die materielle Entscheidung in Beziehung auf die Fälle betrifft, wo der richterlichen Auslegung Raum gegeben ist, so versteht es sich damit von selbst, daß von einer in solcher liegenden Nichtigkeit die Rede nicht seyn könne [80]). Dieß leidet namentlich dann Anwendung, wenn die Interpretation auf Verträge [81]), Urkunden [82]) sich bezieht. Bei der Auslegung der Vorträge der Parteien, sowie der von ihnen in Bezug genommenen Verträge, Urkunden, Gesetze ꝛc. gelten aber als Anhaltspuncte, neben der Sitte [83]), der Sprachgebrauch [84]).

---

78) Ueber die Belege aus der Praxis vergl.: des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 317 Not. 1.

79) v. Möller g. Balde [7088] 2/9 1840.

80) Müller g. Stroh [3410] 1836. Darin wurde ausgesprochen, daß die Auslegung der Parteivorträge so wie die Auslegung und Anwendung der Gesetze zur Beurtheilung des Richters gehöre und keinen Gegenstand der N. abgeben könne; Metro g. Haberstumpf [9388] 26/6 1844, worin anerkannt wurde, daß die Würdigung behaupteter und bewiesener Thatsachen in Beziehung auf ein vorliegendes Rechtsverhältniß der richterlichen Beurtheilung anheim falle und die N.-Beschwerde ausgeschlossen sey.

81) Bredemeier g. B. [1733] 28/3 1849; z. B. eines Vergleichs, Berns g. Wenz [8301] 18/2 1843; Kaufvertrags (Katzenberg g. Manns [8561] 14/1 1843), ob er z. B. zu Stand gekommen, Müller g. Maienschein [882] 11/10 1847.

82) Ofenberg g. Krüger [901] 2/6 1847; z. B. Quittungen, Bartholmei g. B. [274] 27/12 1845.

83) So ist die Auslegung eines Testaments im Zweifel nach dem »id, quod plurimum fit«, abgesehen von bestehenden Gesetzen, vorzunehmen, Stamm g. Schirmer [9794] 5/7 1845.

84) Einige Belege möchten von Interesse seyn: 1. Als es sich um die

Rücksichtlich der Bedeutung der bereits (S. 44 u. 283) erwähnten Entscheidungsgründe der solche erfordernden Erkenntnisse

---

zweifelhafte Befugniß einer Stadt, mehr als einen Stadtsecretar zu bestellen, handelte und dieses Bedenken auf den betreffenden §. 54 der Gem.-Ordnung v. 1834 gegründet wurde, bezog sich das O. A. Gericht auf den allgemeinen Sprachgebrauch und auf die Sprache der Gesetze, wonach der in jener Stelle gebrauchte Artikel der Einheit zur Bezeichnung einer ganzen Classe von Individuen oder Gegenständen gebraucht zu werden pflege, und beseitigte damit jenen Zweifel, Fisc. Pr. g. Stadt Cassel [4831] 19/6 1838. 2. Bekannt ist es sodann, daß in der Sprache des 18. Jahrhunderts die Worte „Gerichtlich", „Obrigkeit" eine andere Bedeutung haben, als im 19. 3. Unter den „vom Vater hinterlassenen Söhnen" werden, dem Sprachgebrauch zufolge, „eheliche" verstanden, Gottlieb g. G. [2378] 11/4 1851; 4. eben danach läßt die Bezeichnung „verzinsliches Capital" aus einer Schuldverschreibung (Obligation) auf ein „Darlehn" schließen, Epstein g. Liebleinsch. Contr. [7612] 3/9 1842. 5. Nach allgemeinem Sprachgebrauch werden die von den in einer Waarenhandlung angestellten Ladendienern und die von den Angehörigen des Kaufmanns abgeschlossenen Kaufgeschäfte als von diesem selbst abgeschlossen erachtet, Lion g. Schmitt [9203] 31/5 1845. 6. Ungeachtet des Sprachgebrauchs, der unter Branntwein „Rum und Liqueure" nicht begreift, wird doch darauf kein Gewicht gelegt, wenn der Branntwein in dem älteren Sinne, aus einer Zeit also in Frage ist, wo von Rum noch nicht die Rede war, Scheffer g. St. Felsberg [9333] 18/7 1846. 7. Einem örtlichen Sprachgebrauch zufolge wurde unter der Benennung „Langewand" ein unbezweifeltes Waldstück — den Zeugenaussagen zufolge — mitbegriffen und derselbe in so fern für erheblich gehalten, als er auf eine Gleichstellung jener Grundfläche mit dem angrenzenden Walde schließen ließ, was die Annahme derselben als Forstgrund zur Folge hatte, Fisc. Pr. g. Lippe'sche Rentkam. [9773] 23/5 1846. 8. Der Sprachgebrauch entschied bei Beantwortung der Frage: ob, nach den einschlagenden Particular-Gesetzen, im J. 1607 unter den Worten „Bau- und Brenn-Holz" auch „Werk- und Nutz-Holz" begriffen gewesen sey, Fisc. Pr. g. v. Meien [4252] 23/2 1837. 9. Daß durch die Behauptung, zum Fahren über ein Grundstück berechtigt zu seyn, auch das Recht zum Uebertreiben des Viehs in Anspruch genommen worden sey, ist jedenfalls an solchen Orten zu unterstellen, wo nach dem Sprachgebrauch unter „Fahren" auch das Viehtreiben („der Hirt fährt aus") begriffen wird, zumal mit Rücksicht auf das rechtliche Verhältniß, in welchem sich beide Gerechtigkeiten (nach pr. J. de serv. praed.) befinden, Röbig g. Bech [6005] 5/10 1839. 10. Der Sprachgebrauch in Beziehung auf das Wort „Gehalt", nach dessen Bedeutung in qualitativer Hinsicht — als Vergütung für fortwährend geleistete Dienste, im Gegensatz also zu Pension — und quantitativer Hinsicht, mit Rücksicht auf den Betrag, die Geldsumme, kam zur Anwendung, als es sich darum handelte, was unter dem Vermächtniß des Gehalts an einen bisherigen Diener zu verstehen sey, Isenburg-B. g. Löschen-

insbesondere ist specieller hier noch Einiges zu erwähnen. In früherer Zeit war es nicht gebräuchlich, jene in die letzteren aufzunehmen [85]), erst durch die bereits (S. 283 Not. 53) gedachte Vorschrift wurde sie erfordert. In Betreff des Inhalts der Gründe ist so wenig die bloße Erklärung, die Klage, Beschwerde ꝛc. sey ungegründet, — da sie selbst erst noch der Motivirung bedarf, — als die nur allgemeine Verweisung auf ein umfassendes Gesetz, z. B. eine ganze Gerichtsordnung [86]), für jener Vorschrift entsprechend zu erachten. In Ansehung deren Werths hingegen ist man, abgesehen von der später (Kap. XXI) zu erwähnenden Bedeutung desselben in Beziehung auf rechtskräftig gewordene Urtheile, von folgenden Grundsätzen ausgegangen:

a. Der Mangel von Entscheidungsgründen hat zwar, als ein Verstoß wider jene Anordnung, eine amtliche Rüge des oberen Gerichts zur Folge [87]), begründet aber nicht eine Be-

---

grnber [4442] 27/1 1838. 11. Unter „Schuldenfreiheit" ist sowohl nach dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, als auch nach juristischer Terminologie, nur die Freiheit von persönlichen, durch Hypothek gesicherten, Forderungen des Besitzers zu verstehen, Fleischer g. Hupe [2608] 25/10 1851. 12. Unter „Schiff und Geschirr" ist, nach weiterem Sprachgebrauch, das Vieh nicht mit begriffen; vielmehr versteht man darunter nur die zum Ackerbau erforderlichen Geräthschaften (Estor, Rechtsgelahrth. B. I §. 1337); daher wird auch in der Verordn. v. 19. Nov. 1773 §. 6 das Zugvieh als vom Schiff und Geschirr verschieden erwähnt. Vergl. die Entsch. in S. Zinn g. Wiederhold'sche Gl. [4299] 1837.

85) Das O. A. Gericht in Hessen befolgte, wie früher bemerkt, den „Cameral-Styl", wonach die Gründe in die Urtheile nicht aufgenommen wurden. Dieselben wurden indeß schriftlich zu den Acten gelegt; aber selbst dann den Parteien nicht mitgetheilt, wenn in Folge Actenversendung ein Gutachten auswärtiger Juristen eingeholt war. Ueber das Nähere und insonderheit die einschlagenden gesetzlichen Vorschriften vergl. auch: Kopp's Handb. Th. III S. 254; des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. IV Abth. 2 S. 286.

86) Frischmann g. Eberhard [8238] 31/5 1842; S. z. S. Wankel g. E. [435] 27/5 1846. Vergl.: N. Samml., a. a. O.

87) Braun g. Fisc. Pr. [6019] 21/9 1839. Einem solchen Mangel muß in dem auf die Compulsorialen erstatteten Bericht abgeholfen werden, Gen. Rescr. des O. A. Gerichts v. 16. Sept. 1829 an die Obergerichte; Reuber z. S. Wolff g. Raabe, Dec. 1831.

schwerde wider das Erkenntniß selbst [88]), insonderheit nicht die wegen Nichtigkeit des letzteren [89]).

b. Ebensowenig kann aber die Nichtaufnahme eines Grundes an sich [90]), oder die Unrichtigkeit eines solchen [91]),

c. oder ein Widerspruch in den Entscheidungsgründen mehrerer in einer und derselben Sache ergangenen Erkenntnisse [92]) die Nichtigkeit zur Folge haben.

d. Gegen den klaren Inhalt des dispositiven Theils eines Erkenntnisses kommen die eine entgegengesetzte Ansicht aussprechenden Entscheidungsgründe nicht in Betracht [93]).

---

88) Scheffer g. Petri [3717] 25/11 1820; Martin g. v. Zerbst, 7/12 1822; Bühnsack g. Landgericht zu Fulda, 1824.

89) Hucke g. Gutberlet [3566] 13/1 1836; Kothe g. Köhler [3556] 1836.

90) Isenburg g. Langendiebach [255] 22/5 1849, in Erw.: „daß — die Nichtmitaufnahme des Entscheidungsgrunds, daß dem Verklagten das zuerkannte Behütungsrecht ohne Rücksicht auf etwaige Bepflanzung zustehe, in die eigentliche Entscheidung den Verklagten nicht beschwert, da schon aus der letzteren selbst das Gleiche rechtlich zu folgern ist ꝛc."

91) Kranz g. K. [6858] 1824; Brand z. S. B. g. L. [3189] 1833; Kramer g. Dingelmann [9128[29/1 1845; Freudenstein g. Umbach [8902] 29/7 1843, in Erw.: „daß eine Nichtigkeit nicht schon aus der Unrichtigkeit eines oder des andern Entscheidungsgrundes des angefochtenen Bescheides folgt, sondern die Acten- oder Gesetzwidrigkeit der letzteren selbst voraussetzt; — daß daher im vorliegenden Falle die jetzt angefochtene Entscheidung des O. Gerichts nicht schon durch die Mißbilligung des für die Nachforderung von Zinsen eines abgetragenen Hauptgeldbetrags in Bezug genommenen Grundes herbeigeführt, sondern nur dadurch begründet werden konnte, wenn die erfolgte Zurückweisung der Klage auf Bezahlung der geforderten Zinsen von der Verheirathung der Klägerin bis zum Ableben ihres — Vaters an und für sich als den Acten oder klaren Gesetzen zuwider laufend sich darstellt; — daß aber dieß nicht anzunehmen stand, da die Begründung der Klage lediglich von der Auslegung der betr. nicht unzweifelhaften Stelle des Ansatzvertrags abhing, welche gleichwohl der richterlichen Beurtheilung anheim fällt, und deren Ergebniß sich als nichtig nie betrachten läßt"; Stadt Fulda g. Wiegand [1130] 26/10 1847, in Erw.: „daß im — angefochtenen Bescheide diese Folge" (der Eidesweigerung) „zwar unrichtig dahin angegeben ist, daß der Beweis für verfehlt zu erachten sey, indem sie vielmehr darin besteht, daß der Beweissatz, worüber vom Gegner des Deferenten der Eid verweigert worden, als bewiesen angenommen werden muß, die Unrichtigkeit jenes Entscheidungsgrundes aber eine Nichtigkeit der den auferlegten Beweis als geführt unterstellenden Entscheidung selbst nicht bewirkt."

92) Franke ux. g. ihr. Ehem. [5302] 1822.

93) Fisc. Pr. g. Erbe'sche Mitgl. [1603] 1830. Daher wurde es für gleich-

e. Ist umgekehrt die Dispositive, z. B. die Beweisauflage, undeutlich, dagegen aber in deren Entscheidungsgründen der Gegenstand des auferlegten Beweises so bestimmt und deutlich bezeichnet worden, daß darüber kein Zweifel obwalten kann, so erscheint darum die Nichtigkeits-Beschwerde wider jene undeutliche Auflage ungegründet [94]).

§. 60.

4. Nach der Unwiderruflichkeit des Urtheils.

Wie früher (S. 52) bereits angedeutet worden, ist des Richters Gewalt insofern beschränkt, als er von seinem endlichen oder diesem gleich gestellten Urtheil nicht wieder abgehen kann [95]). Es gilt dieß selbst beim Vorhandenseyn einer nichtigen Sentenz, wenigstens überall da, wo die Beurtheilung der Nichtigkeit vor das obere Gericht gehört; indem, wollte man dieß in einem solchen Falle nicht annehmen, jene Competenzbestimmung völlig illusorisch werden würde, der Richter, welcher nichtig erkannt hat, dem oberen Richter durch seine Erläuterung das Recht seinerseits zu judiciren entziehen könnte [96]). Inzwischen erleidet jene Beschränkung der richterlichen Befugniß eine Modification. An und für sich würden nach jener alle Aenderungen des Urtheils, auch wenn solche nur auf den Buchstaben desselben sich bezögen, seinen vom Richter beabsichtigten Inhalt dagegen unverletzt ließen, ausgeschlossen erscheinen. Davon kann aber nicht die Rede seyn; da, auch abgesehen von den bei der päpstlichen Rechtssprechung für Abänderungen in der-

---

giltig erachtet, daß das Gericht eine Eidesverweigerung mit Unrecht angenommen habe, weil die Entscheidung selbst auf andere Beweismittel gestützt war, v. Spiegel g. Zurwesten [4896] 1838. Eben so wurde eine auf nichtige Gründe gestützte Entscheidung in dem Fall nicht als nichtig aufgehoben, als in den Acten sich andere, der richterlichen Reflexion unterliegende, Gründe fanden, auf welche hin zu demselben Resultat gelangt werden konnte, ohne nichtig zu urtheilen, Gerhardi g. G., O. A. G. D. v. 1830.

94) Fisc. Pr. g. Gruner [2294] 1819.

95) Es wird dieser Satz im Kap. XXI seine nähere Begründung finden.

96) Anders da, wo auch der Unterrichter zur Beurtheilung der Nichtigkeit seiner eigenen Erkenntnisse zuständig ist; Wetzell, System, S. 502.

selben („in melius commutari") geltend gemachten, ihr eigenthümlichen, Bestimmungsgründen [97]), einestheils die offen sich ergebenden, mit dem Beschlusse des Richters im Widerspruch stehenden Fehler in der Ausfertigung so wenig der Verbesserung, als die sich etwa im Urtheil vorfindende Unklarheit im Ausdrucke, im Widerspruche mit den von der Auslegung von Gesetzen und Verträgen geltenden Grundsätzen einer den letzteren entsprechenden Erläuterung und Aufklärung sich entziehen dürfen. Dem gemäß haben sich denn nun auch die durch gesetzlichen Ausspruch [98]) geleiteten Grundsätze in der Praxis ausgebildet. Allerdings ist aber die Grenzlinie zwischen statthafter Berichtigung und Erläuterung (Declaration, Emendation) einer- und Abänderung („instauratio" [99]) andererseits fein gezogen und es müssen daher, zur Meidung von Nichtigkeiten, wie mit Recht hervorgehoben ist [100]), die Grundsätze von der Auslegung der Gesetze analog hier zur Anwendung gebracht werden. Danach wird man anzunehmen haben:

1. Die zum Ausdruck der Gedanken des Richters demselben nicht entsprechend gebrauchten Zeichen der Schrift in Wort und

---

97) »cum aut sibi subreptum aliquid fuerit, aut ipsa (sc. Romana ecclesia) »pro consideratione aetatum vel temporum, seu gravium necessitatum dispensatorie quiddam ordinare decreverit«; es wird indeß hinzugefügt: es könne nicht angenommen werden, daß die Kirche die Absicht gehabt habe »quae bene sunt diffinita retractare«, c. 6 C 35 qu. 9.

98) l. 2 C. de re jud. (7. 52). Sehr weit geht, von seinem Standpunct aus, das canon. Recht im c. 2 C. 35 qu. 9: »Aliud est, sententiam rescindere et rationabiliter decisa turbare: atque aliud, quae per subreptionem obveniunt, deprehensa corrigere: suum namque errorem cuique corrigere licet: atque ideo, quae a quolibet illicite committuntur, sive a praedecessoribus admissa inveniuntur, in melius revocari oportet.« Als Anwendungsfälle werden bezeichnet: die Trennung der zweiten Ehe, wenn die erste »illicite«, d. h. nicht im einzig schriftgemäßen Fall der Fornication, geschieden war; die gleiche Trennung und Wiederherstellung der ersten Ehe, wenn die zweite von der Ehefrau in der irrigen Unterstellung des Ablebens ihres ersten Mannes eingegangen war; die Wiedervereinigung der Eheleute, welche aus dem als unwahr später sich herausstellenden Grunde naher Blutsverwandtschaft getrennt waren.

99) wie in der l. 2 C. cit. der Sinn der unzulässigen Veränderung ausgedrückt wird.

100) Wetzell, System §. 51 (S. 499).

Zahl können berichtigt, es kann also die Uebereinstimmung jenes mit dieser herbeigeführt werden. Das gilt zunächst für Schreibfehler, — vorausgesetzt, daß der Tenor der Sentenz mit der Berichtigung übereinstimmt [1]). Dasselbe tritt auch ein bei Rechnungsfehlern [2]). — Dieß wurde namentlich in der hessischen Praxis anerkannt; denn auch hier ist der Gegensatz zwischen den von dem Richter nicht gewollten und von den seinerseits beabsichtigten Berichtigungen resp. Aenderungen im Urtheile festgehalten worden. Je nachdem die zwischen einer statthaften Berichtigung und einer unzulässigen Aenderung des Urtheils liegenden Schranken eingehalten worden sind oder nicht, wird es sich hiernach bestimmen, ob damit eine Nichtigkeit begangen worden sey oder nicht [3]).

---

1) l. 46 D. de re jud. (42. 1): »Actorum verba emendare, tenore sententiae perseverante, non est prohibitum.« Wetzell, a. a. O., rechnet dahin „zwar Weglassungen und Verunstaltungen von nachweislich gewollten Ausdrücken, z. B. das Schweigen der Decisive über die Proceßkosten oder andere Nebenpuncte, über welche sich die Meinung und der Wille des Richters vollkommen erkennbar in den Entscheidungsgründen ausgesprochen, dagegen keineswegs das Uebergehen von Puncten, welche der Richter zu wollen versäumt hat, es muß daher schon eine einfache Vergleichung der fehlerhaften Stelle mit andern Bestandtheilen des Urtheils oder mit dem bei den Acten befindlichen Concept, oder den in Bezug genommenen Parteivorträgen ergeben, daß der Ausdruck, dessen sich der Richter bedient hat, nicht von ihm gewollt sey."

2) l. un. C. de error. calc. (2. 5): »Errorem calculi — veritati non afferre praejudicium, saepe constitutum est —.« Wetzell, a. a. O.: „Ein Rechnungsfehler ist — nur dann anzunehmen, wenn für das arithmetische Verhältniß feststehender Zahlengrößen zu einander ein unrichtiger Ausdruck gebraucht, nicht aber, wenn auf die Angaben der Parteien eine falsche Beurtheilung angewandt, oder gar aus irrigen Parteiansätzen der entsprechende Schluß gezogen worden ist."

3) Vergl. des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. IV 2 S. 346 fg. Körner g. Häsbert [8412] 6/11 1844, in Erw.: „daß, was den 2. N.-Grund betrifft, über die Identität der Person des als Mitkläger aufgetretenen „Häsbert" dadurch kein Zweifel entstehen kann, daß derselbe in der Actenrubrik so wie von den Querulanten in einigen ihrer Eingaben unrichtig „Hansbert" genannt worden ist, dieser angebliche N.-Grund vielmehr lediglich auf einen Schreibfehler gestützt erscheint"; Bernhard g. Hanauer W. C. [7220] 24/2 1842, in Erw.: „daß die beiden Schreibfehler, auf deren Berichtigung von den Appellanten in ihrer Beweisschrift angetragen worden, sich als solche aus dem Inhalte der von denselben bei dem O. Gericht eingereichten Klagschrift ergeben, — wird, unter Berichtigung

2. Eben dieser Maaßstab ist also insonderheit bestimmend, wenn es nicht um eine Berichtigung von Wort und Zahl und Inhalt, sondern, unter Voraussetzung der Richtigkeit derselben, um Erläuterung der dem Urtheil resp. seinen Gründen gegebenen Fassung sich handelt. Wenn gleich der Partei hier Rechtsmittel mit devolutiver und nicht devolutiver Wirkung gegeben sind, so erscheint doch auch ein bei dem Richter, welcher das an einer Dunkelheit, Zweideutigkeit oder Unvollständigkeit leidende Urtheil ausgesprochen hat, anzubringendes Gesuch um deshalbige Aufklärung statthaft. Nothwendige Voraussetzung dieser Zulässigkeit ist aber namentlich, daß das Gesuch auf den Gegenstand des dem Urtheile zum Grunde liegenden Rechtsstreits sich bezieht und damit nicht z. B. eine Rechtsbelehrung über die Anwendung eines in diesem Streite erörterten und darin unzweifelhaften Grundsatzes auf einen künftigen, zum Proceß noch nicht gezogenen, Anwendungsfall begehrt wird [4]). Daher wird denn auch gelehrt: „Bei Ertheilung der Declaration selbst hat der Richter rein objectiv mit Hilfe der vorhandenen Interpretationsmomente das, was er gewollt hat, festzustellen, damit er das Urtheil nicht etwa durch Berichtigung oder Fortführung des Gedankenganges, der ihn bei dessen Abfassung geleitet hat, umgestalte, erweitere, oder beschränke. Er hat in dieser Beziehung eine wesentlich andere Stellung als der Gesetzgeber, dessen authentische Interpretation ein neues Gesetz ist, und als solches auf Geltung Anspruch hat, auch wenn sie dem zu erklärenden Gesetz widerstreitet. Die abändernde Declaration eines Urtheils wäre ungiltig und es fehlt der durch dieselbe verletzten Partei nicht an Mitteln, dieß zur Anerkennung zu bringen", wohin „die Nichtigkeits-Beschwerde gerechnet wird,

---

der vorgedachten Schreibfehler in der Weise, wie solches die nächstfolgende Eidesformel ergibt, den Appellanten die Ausschwörung rc. auferlegt"; v. Hundelshausen g. Büding [9256] 7/12 1844. — In Beziehung auf Rechnungsfehler wurde erkannt, in Erw.: „daß — dieselbe" (N.-Beschwerde) „sich als ungegründet darstellt, indem die Differenz zwischen der angebotenen und der zuerkannten Summe lediglich auf einer Berichtigung von Rechnungsfehlern beruht und eben so wenig der Umstand rc. — eine Nichtigkeit begründen kann", Junk g. Preiß [9257] 30/10 1844.

4) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 346 fg.

wenn die Absicht einer Aenderung erkennbar hervortritt" [5]). Nur der Ausdruck, nicht aber auch der Inhalt des einmal ergangenen Urtheils darf sonach berichtigt werden [6]); und eben weil diese Berichtigung nur nach der dem Urtheile zum Grunde gelegenen Actenlage zu erfolgen, der angegangene Richter also auf Neuvorgestelltes sich nicht einzulassen hat, ist auch die Mittheilung eines dergleichen enthaltenden Gesuchs zur Erklärung nicht erforderlich, bei Unterlassung derselben also von einer Versagung des rechtlichen Gehörs nicht die Rede [7]).

Kapitel XIX.

§. 61.

Mängel in Beziehung auf die Publication und Insinuation des Urtheils.

Auch [7a]) in Hessen ist es ein unzweifelhafter Rechtssatz, daß die Unterlassung, oder die in formell ungiltiger Weise bewirkte Vornahme der Insinuation richterlicher Verfügungen und Erkenntnisse [8]), wenn sie z. B. an einen nicht legitimirten [9]), etwa an einen gewesenen [10]), Anwalt der Partei erfolgt wäre, die Nichtigkeit des darauf gefolgten Richterspruchs nach sich ziehet. Da es sonach auf die Voraussetzungen der Giltigkeit der Ver=

---

5) Wetzell, a. a. O., S. 501.

6) Ueber das auf ein solches Declar.=Gesuch einzuleitende Verfahren vergl.: des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 347.

7) Vergl. Wetzell a. a. O.

7a) Vergl. §. 14 S. 61 fg.

8) v. Hessenstein g. Kugelmann [1100] 28/8 1847.

9) Beck g. Ronshausen [4124] 1/3 1837. Als die Behändigung einer Auflage, — wodurch eine Partei mit der ihr aufgegebenen Vernehmlassung ausgeschlossen und Erkenntniß in der Sache selbst ertheilt war, — an einen zur Vertretung nicht legitimirten Anwalt stattgefunden hatte, wurde jene Ausschließung und dieß Erkenntniß für nichtig erachtet und angenommen, daß die stimmführenden Mitglieder des Gerichts, von dem die Behändigungs=Verfügung ausgegangen war, der Partei die Kosten des nichtigen Verfahrens und der Beschwerdeführung zu tragen hätten.

10) Sauer g. Bingell [1948] 6/2 1850. Als Querulant diesen Fall behauptete und bestritt, daß der Partei selbst insinuirt worden sey, eröffnete das O. A. Gericht Nichtigkeits=Processe.

kündigung (Publication), oder der Aushändigung und Behändigung (oder Insinuation [11]) ankommt, so sind die wesentlichen Merkmale hier [12]) kurz anzugeben.

Die Publication der Bescheide fand ehedem nicht nur bei den Untergerichten, sondern auch bei den oberen als Regel, neben Anordnung besonderer Termine zu diesem Acte, statt [13]). Diese letzteren wurden später für die oberen Gerichte [14]) abgeschafft und in Folge dessen nunmehr alle Verfügungen derselben schriftlich zugefertigt, insoweit nicht etwa ausnahmsweise, in besonders eiligen Fällen, den Anwälten in der Audienz selbst der Bescheid alsbald zu eröffnen war, wie denn auch in den summarischen Gerichten der obern Gerichte die für das untergerichtliche Verfahren in minderwichtigen Rechtsstreiten vorgeschriebenen Regeln gelten [15]). Nach der neuesten Gesetzgebung ist auf den früheren Grundsatz mit der Einschärfung dergestalt zurückgegangen, daß, wo möglich, alsbald das Erkenntniß nicht blos ertheilt, sondern auch publicirt werden soll [16]), eine Be-

---

11) Die Publication beschränkt sich, als Regel, auf die Bescheide, die Insinuation auf Verfügungen, bei welchen auch der Gegner des betreibenden Theils ein Interesse hat, die Aushändigung, wobei dieß nicht der Fall ist.

12) Im Näheren, was Hessen insonderheit betrifft, wird verwiesen auf: Bickell in der kurhess. Zeitschr. f. Recht ꝛc. H. 1 S. 54 fg., Kopp's Handb. d. Hess.-Casselsch. Landesverf. ꝛc. Th. 5 S. 436 fg.

13) Kopp's Handb. Th. II S. 21 fg.

14) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 30. Für die Untergerichte blieb die alsbaldige Publication als Regel bestehen; vergl. Bickell a. a. O. S. 58.

15) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 5.

16) Provisor. Gesetz v. 22. Juli 1851 §. 61: „Eignet sich nach dem Schluß der Verhandlungen die Sache zur sofortigen Ertheilung eines definitiven Erkenntnisses, so ist solches der Regel nach binnen 8 Tagen zu ertheilen. Andernfalls ist ein Verhandlungstermin zu bestimmen, in welchem, sofern es nöthig, nach Anleitung des §. 7 des Gesetzes v. 18. Oct. 1834, die Vervollständigung der Verhandlung zu bewirken und darauf entweder das endliche Erkenntniß sofort auszusprechen, auch den Parteien zu eröffnen, oder, wenn eine Beweisführung nöthig, der Beweissatz durch einen, den Parteien alsbald zu eröffnenden Beschluß festzusetzen ist —." §. 64. „Nachdem solche im Verhandlungstermin „zu Wort verstattet sind", hat der Vorsitzende die Verhandlung zu schließen, hierauf aber die Berathung einzutreten, worauf die Publication des Erkenntnisses stattfindet. Bei solchen Entscheidungen, welche eine umfassendere Beurtheilung

stimmung, die freilich mit Rücksicht auf die im Interesse sorgfältiger Beurtheilung und nach Maaßgabe des Umfangs des den Gerichten überwiesenen Geschäftsbezirks, es nicht selten veranlaßt, daß in der Praxis das gesetzlich angedeutete Verhältniß der Regel zur Ausnahme wird und daher in umgekehrter Ordnung vorkommt.

Was die Insinuation der richterlichen Verfügungen betrifft, so hatte ehedem die betreibende Partei resp. deren Anwalt selbst dafür zu sorgen, daß solche, vorausgesetzt, daß der Gegner dabei betheiligt war, demselben insinuirt wurden [17]. Später wurde vorgeschrieben, daß diese Sorge dem Gerichte in der angegebenen Beschränkung von Amtswegen obliege [18]. In Ansehung der Bescheide war und ist dasselbe fortwährend dazu verbunden; heutigestags jedoch mit der näheren Bestimmung, daß die Contumacial-Erkenntnisse [19], auch wenn die Partei einen Anwalt hat, nicht blos diesem, sondern auch jener behändiget werden müssen [20]. Im Einzelnen ist, abgesehen von der Voraussetzung der Zuständigkeit des Gerichts [21], zu bemerken:

1. Der Pedell bei den oberen [22]) und der Gerichtsdiener

---

erfordern, kann das Gericht das Erkenntniß aussetzen, muß jedoch dasselbe den Parteien binnen 8 Tagen schriftlich zufertigen."

17) Bickell, a. a. O. S. 54.

18) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 2. Unter diesen Verfügungen sind also alle richterlichen Auflagen und Verfügungen zu verstehen, welche dem andern Theil zu behändigen sind, also auch Erstreckungs-, Paritorial-, Testimonial-Decrete; — wohingegen bei andern, z. B. die Klage ꝛc. zurückweisenden Decreten, dem Gegner ein solches Interesse nicht beiwohnt, Bickell, a. a. O. S. 56 fg.

19) nicht auch die C.-Decrete, vergl. Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 15; vergl. Bickell, a. a. O. S. 57.

20) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 2; Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 16.

21) Die nur auf Behändigung gerichteten Ersuchen sind von den Secretaren resp. Actuaren der requirirten Gerichte zu erledigen, Org.-Gesetz v. 31. Oct. 1848 §. 81; — die Actuare aber sind zur B. offener Schriften an im Amtsbezirk sich aufhaltende Personen befugt. Eben das. §. 9.

22) Er hat am Orte des oberen Gerichts die Behändigungen zu besorgen; die außerhalb jenes zu bewirkenden werden zu dem Ende den betr. Untergerichten durch die Post zugesandt. Das frühere Institut der Canzleiboten (R. A. v.

bei den unteren Gerichten [23]) besorgt die Insinuation der dazu sich eignenden gerichtlichen Verfügungen, nachdem er solche unmittelbar von dem Expedienten erhalten hat [24]). In Ermangelung eines solchen Dieners vertreten ihn die dazu verpflichteten Ortsvorstände, nicht aber andere unverpflichtete Leute [25]). Die über diesen Act dem Extrahenten auszustellende Bescheinigung hat vornämlich den Namen dessen, welchem insinuirt worden und den Tag, Monat und das Jahr, an welchen dieß geschehen ist, zum Gegenstand [26]), und ihre Unechtheit kann, da hier eine öffentliche Urkunde vorliegt, so wenig durch Eidesdelation [27]), als durch das Erbieten zur eidlichen Erhärtung jener [28]) dargelegt werden.

2. „Die Decrete und Citationes soll der Pedell nicht bloß in denen Häusern oder Höfen, noch an die Domestiken abgeben oder hinlegen, sondern die Insinuation an die Par-

---

21. Aug. 1730 u. Proceßordn. v. 1745 §. 9) besteht nicht mehr (Verordn. v. 6. Nov. 1834). — Proceßordn. v. 1745 §. 9; O. A. G. Ordn. v. 1746 Art. 12 §. 2; Han. Hofg.-Ordn. Tit. 11 §. 2; des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 247.

23) U. G. O. v. 1732 Art. 3 §. 10. Han. U. G. O. Tit. 8 §. 9; Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 5.

24) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 2; Bickell, a. a. O., S. 63.

25) U. G. O. v. 1732 Art. 3 §. 10; Grebenordn. v. 1739 Art. 5 §. 3; im Hanau'schen in Abwesenheit von Schultheißen und Centgräfen „der älteste Gerichtsmann", Han. U. G. O. Tit. 8 §. 9; Tit. 3 §. 4; Han. Hofg. O. Tit. 7 §. 5; Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 5. Jener Mangel wird bis zur Nachweisung des Gegentheils durch den Gegner vermuthet, Bickell, a. a. O. S. 64.

26) U. G. O. v. 1732 Art. 3 §. 10; Hanauer Hofger.-Ordn. Tit. 11 §. 29; Hanauer U. G. Ordn. Tit. 8 §. 13; Sport.-Ordn. v. 11. Febr. 1749 §. 1, u. v. 1. Juni 1764 §. 1. Die B. wird nicht ersetzt durch die Bemerkung des Tags der Insinuation auf dem Insinuatum, Niemeyer g. Fisc. Pr. [2389] 29/7 1837.

27) Ueber das Nähere: des Verf.'s Gerichtseid Th. II S. 117 Not. 68.

28) Blumenthal g. Stiefel [6178] 23/10 1839. Darin wurde erkannt, daß bei der gerichtlichen Glaubwürdigkeit der Insinuations-Bescheinigung des Gerichtsdieners, deren Datum ohnehin im Insin.-Register der letzteren seine Bestätigung finde und bei der Unzulässigkeit der mit dem Erbieten zur eidlichen Erhärtung der Unwahrheit des angetretenen Beweises der Falschheit, die Versäumung der Frist als Verschulden des Advocaten — zu betrachten sey ꝛc."

theyen oder deren Anwälde selbst verrichten[29]), „es wäre dann Sache, daß einer einheimisch und sich nicht finden oder verläugnen lassen wollte, welchenfalls die Citation oder das Decret in derer anwesenden Personen Gegenwart öffentlich an die Thüren affigirt und darüber eine ausführliche Relation ad acta erstattet werden soll" [30]). Indessen wird hierzu doch erst

---

29) O. A. G. Ordn. v. 1746 Tit. 12 §. 2; Hanauer U. G. Ordn. Tit. 8 §. 6. — Rücksichtlich der Anwälte: Proc.=Ordn. v. 1745 §. 75; Han. Hofger. Ordn. Tit. 11 §. 6. Der Exhibent hat zu dem Ende den Anwalt des Gegners anzugeben, Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 32. Die J. kann auch an den Substituten des Anwalts und zwar selbst dann geschehen, wenn nach dessen Auftreten der Anwalt wieder gehandelt hat, indem hierin keine Zurücknahme jener Substituirung gefunden wurde, Heuser g. Landes=Creditcasse [9743] 12/12 1846. Die J. an den Substituten geschieht z. B. dann, wenn der Constitut zeitweise verhindert ist, Fisc. Pr. g. Schwank [6937] 1/4 1840. — Weder der Staatsanwalt noch irgend eine Partei ist zwar verbunden, bei den Untergerichten einen in deren Bezirk wohnenden Mandatar zur Annahme von Insinuationen zu bestellen, Fisc. Pr. g. Zehntpfl. zu Stausebach [1952] 5/3 1834; hat aber die Bestellung stattgefunden, so wird dadurch die Insinuation nicht mangelhaft, Winkel g. Baupel [9123] 22/11 1843; Leinweber g. St. Salmünster [2493] 15/5 1851, in Erw.: „daß die Querulanten nicht bestreiten, daß ihr früherer Anwalt C. bei dem Justizamte S. den W. allgemein zu seinem Insinuations=Mandatar bestellt habe; — und eine solche Geschäfts=Einrichtung überhaupt als zuläßig und eine in Gemäßheit derselben geschehene Behändigung gleich einer an einen Hausgenossen bewirkten eben so, als wäre sie dem bestellenden Anwalte selbst geschehen, zu betrachten ist."

30) O. A. G. Ordn. a. a. O.; Hanauer U. G. Ordn. Tit. 8 §. 4; v. Hessenstein g. Kugelmann [1100] 28/8 1847, in Erw.: „daß — da sich bei der zu bewirkenden Insinuation des erlassenen Vorladungs=Decrets ergab, daß er (Querulant) dermalen nicht dahier anwesend sey und solche daher nicht ihm persönlich geschehen könne, mit Recht die in solchem Falle eintretende Bekanntmachung der gerichtlichen Verfügung an ihn mittelst Anheftung derselben in seinem Wohnungslocale verfügt; — daß dieselbe auch nach der Bescheinigung des O. G. Pedellen in Gegenwart von hinzugezogenen zwei Personen an die Thüre des Wohnungslocals des Querulanten bewirkt ist, — und diese Bescheinigung zur Begründung der Ungehorsams=Anklage Seitens des Querulaten gegen den im angesetzten Termine nicht erschienenen Querulanten geeignet erscheint, insbesondere die von demselben in der gegenwärtigen Instanz dagegen vorgebrachten Einreden ungegründet sind, — indem auf die Bestimmung im §. 2 des Gesetzes v. 16. Sept. 1834 schon deshalb mit Grund sich nicht berufen werden kann, weil solche auf die Insinuation des Vorladungs=Decrets an den verklagten Theil, wovon es sich bei der vorliegenden Nichtigkeits=Beschwerde nur

dann geschritten, wenn in jenem Fall der Abwesenheit dessen, dem insinuirt werden soll, auch nicht „Hausgenossen, erwachsene Kinder, oder der Hauswirth, bei welchem jener zur Miethe wohnt", anzutreffen wären, indem auch ihnen behändigt werden kann" [31]).

Beim Vorhandenseyn mehrerer Streitgenossen, welche keinen gemeinschaftlichen Anwalt haben, sollte freilich jedem und zwar durch ebenso viel Ausfertigungen als ihrer sind, insinuirt werden [32]); indeß ist doch in späterer Zeit und zwar sowohl für die Untergerichte [33]), als auch allgemein [34]) bestimmt resp. in der Praxis angenommen worden, daß, wenn Streitgenossen

---

handeln kann, sich nicht bezieht; — daß der Umstand, daß der Querulant zur Zeit, wo die Insinuation geschehen sollte, nicht anwesend war, keinen Grund abgeben konnte, statt jener einen Termin auf längere Zeit hinaus festzusetzen und von der die Stelle der Insinuation zu eigenen Händen vertretenden Anheftung des V.-Decrets an der Thüre des Wohnungslocals abzustehen, — darauf aber, daß dem Querulanten, wie er behauptet, auf diese Weise das V.-Decret nicht zeitig bekannt geworden ist, die N.-Beschwerde nicht gegründet werden kann, da es bei dieser nur darauf ankommt, ob der Act der Insinuation auf formell ungiltige Weise geschehen ist; — endlich im §. 2 Tit. 12 der O. A. G. Ordn., welche über die fragliche Insinuation eine Bestimmung enthält, nicht vorgeschrieben ist, daß die zu dem Acte der Anheftung von dem U. G.-Bedienten hinzuzuziehenden Personen Nachbarn Desjenigen seyen, an welchen die Insinuation auf solche Weise bewirkt werden soll; — auch die Instruction des O. G. Pedellen mit dieser Bestimmung übereinstimmt, indem sie denselben nicht auf die Zuziehung von Nachbarn beschränkt."

31) Dahin sind die Gerichts-Unterbedienten, zufolge ihrer Dienstanweisung, instruirt. — Hätte übrigens die Partei von einer solchen Behändigung z. B. an die eigenen Angehörigen Kenntniß nicht erhalten, so würde hierin ein Grund zur Restitution, etwa wider das ergangene Contumacial-Erkenntniß ꝛc. enthalten seyn, Schneider g. Mittler [6052] 31/8 1839. Ueber die Frage: ob die Behändigung einer für beide Eheleute bestimmten Verfügung (Kündigung) an die Ehefrau allein genüge? vergl. Henkels Rechtsf. 208, 209.

32) J. R. A. §. 34; Sammt-Hofg.-Ordn. v. 1673 Tit. 11 §. 1.

33) Sportelordn. v. 11. Febr. 1749 Nr. 1.

34) Verordn. v. 6. Novbr. 1834 §. 16. Hier ist zwar nur von Mittheilung der Dispositive eines Contumac.-Erkenntnisses an mehrere Streitgenossen die Rede. Ungeachtet des Bedenkens wider die Ausdehnung dieser Vorschrift auf sonstige Fälle (vergl. Bickell, a. a. O. S. 66 Not. 26) ist indeß solche vom O. A. Gerichte angenommen worden, in S. Stadt Kirchhain g. Pabst, O. A. G. D. v. 1835, Speck g. Reimbold [4607] 6/9 1837.

an einem und demselben Orte wohnen, nur eine Ausfertigung zu erlassen, dieselbe den Streitgenossen vorzuzeigen, vollständig bekannt zu machen und einem derselben zu übergeben sey. Für die Insinuation an Militärpersonen sind durch den Dienst veranlaßte und nach dem Rang bestimmte weitere Formen vorgeschrieben [35]). Rücksichtlich der Insinuation an Erben einer Partei entsteht die Frage: ob der Anwalt befugt und verflichtet sey, auch nach dem Tode der letzteren dergleichen Behändigungen gerichtlicher Verfügungen anzunehmen? Da aber die vorgeschriebene Aufnahme der clausula heredum in die Vollmacht den Zweck hat, die Erben zur Aufnahme des Rechtsstreits zu citiren [36]), so hat dieß die Folge, daß der Rechtsstreit auch ehe diese stattfinden kann, wider die Erben fortzusetzen steht, die Behändigungen daher an den bisherigen Anwalt, bis zu nachgewiesener Legitimation eines andern, erfolgen dürfen [37]). Ent-

---

35) Verordn. v. 30. Aug. 1824. Danach geschieht die J. der Vorladung an die zum effectiven Dienst gehörende, Offiziersrang habende Militärperson auf die gewöhnliche Weise durch das Civilgericht des Aufenthaltsorts; der Commandeur des Regiments, Bataillons, Corps aber ist davon zu benachrichtigen resp. um die erforderliche Entbindung von etwaigen Dienstgeschäften, sofern solche nicht unaufschieblich sind, zu ersuchen (§. 1). Die an Militärpersonen vom Feldwebel abwärts gerichteten Vorladungen oder Verfügungen aber werden nicht jenen selbst, sondern dem die betr. Compagnie 2c. commandirenden Officier durch die Civilbehörde, zu deren Bezirk der Standort gehört, zugestellt, und derselbe ist verpflichtet, die ihm geschehene Behändigung unter der jedesmal ihm mitzuüberliefernden, von ihm alsbald zurückzugebenden Abschrift der Vorladung 2c. zu bescheinigen, die weitere Bekanntmachung an jene Person zu bewirken und sie zur Wahrung des etwa zur persönlichen Vernehmung bestimmten Termins, vom Dienst, sofern solcher irgend aufschieblich ist, zu entbinden (§. 2). Diese Bestimmungen finden auch auf die zur Land-Gensd'armerie gehörigen Personen Anwendung, Justiz-Minister.-Beschl. vom 22. December 1858 (Annal. VIa S. 8).

36) J. R. A. §. 99; Sammt-Hofg. O. v. 1673 Tit. 6 §. 3.

37) Ueber das Nähere: des Verf.'s R. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 59. Die etwaige Kündigung des Mandats hat der Anwalt in solchem Falle selbst an die Erben zu besorgen. Als in einer Restitutions-Sache der Anwalt des Imploraten dem Gerichte gegenüber das Mandat seiner Partei gekündigt hatte, aber bedeutet worden war, daß seine Entsagung die früher geschehene Insinuation nicht unwirksam machen könne; und der Implorant wegen der Unterlassung der Erklärung auf den Restit.-Libell contumacirt hatte, — wurde der Anwalt des

hält die Vollmacht jene Clausel nicht, so ist nunmehr die Folge, daß, nach erfolgter Angabe der Erben durch den betreibenden Theil, die Insinuation an jene selbst stattfindet[38]. Bei Corporationen, Städten, Gemeinden, Collegien, Zünften geschieht die Insinuation an deren Vorstand[39]. — In Beziehung auf Realklagen ist noch vorgeschrieben, daß, wenn der Verklagte auf dem Gute sich befindet, die Insinuation allda selbst dann an ihn geschehen kann, wenn er schon demselben Richter in Ansehung seiner Person nicht unterworfen wäre; außerdem und wenn er ein solches Gut nicht besitzt, sondern an Andere vermiethet ꝛc. hat, muß solche durch des Orts Obrigkeit geschehen[40].

3. Wie schon gemeinrechtlich der Ort, an welchem diese, wie andere Gerichtshandlungen zu geschehen hat, kein unpassender seyn darf, so verhält es sich auch mit der Zeit (S. 63 fg.), zu welcher sie vorgenommen wird. Als Sabbathsvergehungen werden ausdrücklich in Hessen alle Gerichtshändel[41], welche an Sonn-, Fest- oder Bußtagen vorgenommen werden[42], bezeichnet. Dabei hat man indeß, wie auch durch die den Gerichtsdienern ertheilte Dienstanweisung denselben zur Pflicht gemacht ist, für Eilfälle zugelassen, daß Insinuationen mit Genehmigung des Richters auch an solchen Tagen bewirkt werden dürfen, und als die Frage entstand: ob eine Nichtigkeit durch die Vornahme dieses Acts an einem solchen Tag begangen werde? diese Frage verneint[43]. Im Uebrigen soll die Insinuation in der ersten

---

Imploranten f. H. aufgefordert, die Erben des Imploraten zum Zweck der an sie selbst zu bewirkenden Insinuation des demnächstigen Bescheids namhaft zu machen. Nachdem dieß geschehen und von den Imploranten contumacirt war, erfolgte Bescheid, wodurch die Erben mit ihrer Erklärung ausgeschlossen wurden ꝛc., Weinmeister g. W. [8827] 27/3 1844.

38) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 60 Not. 1.

39) Hanauer U. G. O. Tit. 8 §. 8; Han. Hofg.-Ordn. Tit. 11 §. 27. Ueber die J. an judenschaftliche Gemeinden an deren Vorsteher vergl. Roth u. Meibom, kurhess. Privatr. I. 159.

40) Han. U. G. O. Tit. 8 §. 6; Han. Hofg. O. Tit. 11 §. 25.

41) Vergl. U. G. O. v. 1732 Art. 3 §. 1.

42) Regier.-Ausschr. v. 13. May 1801.

43) Wolff g. Ewald [6963] 1840, in Erw.: „daß — wenn man auch das Verbot des Reg.-Ausschr. v. 13. May 1801 der Gerichtshändel an Bußtagen

Hälfte der Zeit vom Tage der Verfügung bis zum Termin erfolgen[44]); die Verletzung auch dieser Vorschrift hat aber nur einen disciplinarischen Charakter und nur die solchem entsprechende Folge[45]).

4. Wenn gleich, bei bestehender Zweifelhaftigkeit der Insinuation, deren Richtigkeit nicht ohne Weiteres anzunehmen steht, vielmehr regelmäßig die nähere Nachweisung[46]) erfordert wird[47]), und namentlich daraus, daß die Insinuation einer gerichtlichen Verfügung an den Anwalt der betreibenden Partei erfolgte, nicht auf die gleichzeitige Insinuation derselben an den Gegner mit Gewißheit geschlossen werden kann[48]), — so erscheint doch die Nachweisung einer förmlichen Behändigung alsdann überflüssig, wenn die Partei durch ihre Handlung,

---

für anwendbar auf die vorliegend am großen Bettag geschehene Bescheidsbehändigung halten könnte, dadurch doch nicht sowohl eine Nichtigkeit der geschehenen Insinuation, als vielmehr nur ein disciplinarisches Einschreiten wider den betreffenden Gerichtsdiener begründet zu werden vermag."

44) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 5.

45) Eben das.; Bickell a. a. O. S. 36 fg.

46) Da die in den Fällen, wo der Partei eine processualische Handlung auferlegt worden ist, dermalen (Verordn. v. 6. Nov. 1834 §§. 8. 9) die erfolgte Behändigung von Amtswegen, nach der Relation des Gerichtsdieners, in die Acten registrirt werden muß, so hat die Beibringung besonderer Bescheinigungen der Insinuation Bedeutung nur im Fall: a. die Insinuation durch Requisition eines ausländischen Gerichts vorgenommen ist, sowie b. wenn es sich um Behändigung der einen Rechtsstreit bei den Untergerichten einleitenden Ladung handelt, da hier Acten, in die registrirt werden könnte, noch nicht vorhanden sind, Verordn. v. 6. Nov. 1834 §§. 9, 14; Bickell, a. a. O., S. 68 fg. — Ein bloßer Postschein ist zu jener Nachweisung ungenügend, Affix. v. 1. März 1773; Hanauer U. G. O. Tit. 8 §. 13; es wäre denn, „daß solcher von derjenigen Post, wo der Citirte wohnhaft ist, dahin absonderlich ertheilt würde, daß letzterer die Citation wirklich empfangen habe."

47) v. Motz g. Fuld. Leihhaus [7330] 19/10 1841: „wird, da Implorant über die Zeit der Insinuation des Bescheids vom — eine Nachweisung nicht beigebracht hat und daher nicht zu ersehen ist, ob die Einführung des Rechtsmittels der Restitution, wie in Ermangelung einer besondern Anzeige erforderlich gewesen wäre, innerhalb der 30tägigen Frist stattgefunden habe, das Rest.-Gesuch wegen nicht nachgewiesener Wahrung der Anzeigefrist zurückgewiesen."

48) Kalb g. Metz [5144] 25/5 1839; Rechberg g. Kolbe [7289] 15/9 1840; Arnd g. Vietor [1012] 2/10 1847.

z. B. Anzeige eines Rechtsmittels ꝛc. bekundet, daß sie auf genügende [49]) Weise Wissenschaft von dem betr. Erkenntnisse erlangt habe [50]).

5. Wie die gehörig erfolgte oder als erfolgt anzunehmende Insinuation von den materiellen rechtlichen Wirkungen begleitet ist: die Prävention der Gerichtszuständigkeit [51]), die Litispendenz [52]) zu begründen, ein devolutives Rechtsmittel gegen einen früheren appellabeln (z. B. Eids-) Bescheid auszuschließen, wenn die Insinuation wider den Endsbescheid feststeht [53]) ꝛc., — so ist dagegen die Folge der unterbliebenen Nachweisung, resp. der Mangelhaftigkeit: die Annahme der rechtlichen Nichtexistenz der betr. Verfügung [54]), und, wie im Anfange dieses §. (S. 296) bereits bemerkt worden ist, die der Nichtigkeit der Entscheidung, in der die Insinuation als vorhanden unterstellt wird.

6. In Ansehung der mittelbaren Insinuation, welche alsdann erforderlich ist, wenn derjenige, welchem eine Verfü-

---

49) Eine ungenügende ist die blos „zufällig" erlangte Wissenschaft, Schwarzenberg g. Gerlach'sche Gl. [1700] 1829.

50) Wettlaufer g. Hoos [5124] 1832; v. Bischoffshausen g. Schafhalter zu H. [6305] 12/2 1839; Wolf g. Ewald [6963] 1840. So wurde mit Rücksicht auf die für ein legales Verfahren der Gerichtspersonen streitende Vermuthung angenommen, „es sey dem durch die Randbemerkung ad s. v. v.« (s. h. ad signandum vel votandum) „ausgedrückten Vorbehalte des Referenten vor der nach dem »dt« neben dem Gebührenansatz und dem »fact.« als bewirkt anzusehenden Zufertigung des Decrets an die Betheiligten auf irgend eine Weise ein Genüge geschehen, Fritz g. Fuchs [8213] 20/3 1844. Vergl. auch Annalen Th. V S. 565. So wird auch aus der Insinuation eines Paritorial-Decrets die Vermuthung abgeleitet, daß auch der Endsbescheid behändigt, Gem. Weichersbach g. Krack [7086] 2/2 1841, — und aus dem Erscheinen der Partei in einem Termin: daß die solchen ansetzende Verfügung ihr behändigt worden sey, Blumenfeld g. Gerhard [7796] 28/8 1841; Weber g. Zahn [6824] 24/11 1840; im letzten Falle hatte der nicht zeitig geladene Anwalt die Zeugen producirt, woraus die Anerkennung der Wirksamkeit des Bescheids abgenommen wurde.

51) v. Hof g. Friedheim [6243] 14/3 1840.

52) Reinhold g. Pfennigkaufer [8607] 27/1 1844.

53) Lilienstern g. Fischer [9192] 2/2 1844.

54) Scheerer g. S. [3208] 26/3 1836.

gung insinuirt werden soll, unter der Gerichtsbarkeit des verfügenden Richters nicht steht [55]), ist zu unterscheiden:

a. Die gedachte Partei wohnt im Inlande. Alsdann findet eine, zumal nach Aufhebung der Schriftsässigkeit für dergleichen Fragen, wesentlich erleichterte Verfahrungsweise statt. Von den früher üblichen förmlichen Requisitionen ist nicht mehr die Rede, vielmehr reicht die Uebersendung des Behändigungszettels an das betr. Untergericht resp. Obergericht hin [56]).

b. In Betreff des Falles, wo einer im Auslande [57]) wohnenden Person zu insinuiren ist, geschieht dieß mittelst gewöhnlicher Requisitions-Schreiben [58]). Jene kann zwar auf die Erlassung eines solchen verzichten und z. B. mit rechtlicher Wirkung erklären, die Insinuation durch die Post [59]) als verbindend annehmen zu wollen; erforderlich ist es dann aber, um die Insinuations-Frage nicht unentschieden zu lassen, daß die gedachte Partei, etwa durch Bestellung eines Special-Bevollmächtigten zur Empfangnahme der Behändigungen, die hier nöthige Vorkehrung treffe [60]). Bei Erledigung der ins Ausland ergangenen Requisitionen kommt es, im Fall unterbliebener Einsendung einer Bescheinigung des Gerichtsdieners über die Vollziehung der Insinuation, auf die näheren Umstände an

---

55) Rücksichtlich der Militärpersonen vergl. das S. 302 Not. 35 bereits Erwähnte.

56) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §§. 3, 28; Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 11. Bickell, a. a. O., S. 67. Insinuationen, die in Folge der Vollziehung eines Commissoriums vom committirten Untergerichte an eine auswärtige Person beim committirenden Gerichte geschehen müssen, sind durch das Gericht des Wohnorts der Partei zu bewirken, Matthäi g. Bender [5052] 29/5 1839.

57) Im Nachfolgenden ist diese Bezeichnung in einem zwiefachen Sinne gebraucht. Zuerst im Gegensatz zu andern deutschen Territorien; sodann den Staaten des deutschen Bundes gegenüber.

58) Bickell, a. a. O., S. 68. Des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 477. Darin wird sich zugleich zur Insinuation der Vorladung an den Gegner erboten, Schomberg g. v. Elmendorf [7369] 13/5 1843.

59) Eine solche ist zwar, wie erwähnt, an sich „ordnungswidrig", Regier.-Affix. v. 1. März 1773; Han. U. G. O. Tit. 8 §. 13, allein durch Anerkennung steht dieser Mangel zu beseitigen, s. folg. Note und S. 304 Not. 46.

60) Neuber z. S. Müller g. Heuser [448] 27/5 1846.

und wird, nach Beschaffenheit derselben, die Richtigkeit derselben angenommen werden können [61]).

In Beziehung auf die Behändigung gerichtlicher Verfügungen an außerhalb der deutschen Bundesstaaten sich aufhaltende Personen besteht das neuerdings angeordnete [62]) Verfahren in folgendem: 1. Steht nicht bereits nach frühern Vorgängen fest, daß Behörden des betr. auswärtigen Staats die Beförderung gerichtlicher Verfügungen verweigern, dann sind solche um Vermittelung der Insinuation anzugehen; daß dieß vorschriftsmäßig geschehen ist, wird vermuthet, wenn der unter 2. zu erwähnende Empfangsschein, oder die unter 3. anzuführende Bescheinigung eingesandt wird. 2. Lehnen die auswärtigen Landesbehörden jene Beförderung ab, dann kann die Behändigung durch die hessische Gesandtschaft, oder das hessische Consulat, gegen Ausstellung eines Empfangscheins über die geschehene Behändigung, bewirkt werden. 3. Verweigert Jemand diese Ausstellung oder die Annahme der an ihn gerichteten Verfügung, dann hat jene Gesandtschaft rc. Bescheinigung zu ertheilen, daß im ersten Fall die Insinuation bewirkt, im andern wenigstens die Absendung der Verfügung an den Betheiligten geschehen sey. 4. Wohnt die Person, welcher eine Verfügung behändigt werden soll, nicht am Sitze der Gesandtschaft rc. und muß deshalb die Uebersendung mittelst der Post geschehen, so ist, insofern über die richtige Abgabe an den Adressaten keine Empfangs-Bescheinigung

---

61) Hotop g. Lipke [823] 26/8 1848, in Erw.: „daß die vom Appellanten gegen den Rechtsbestand der Eidesablage vorgebrachten Einwendungen sich als ungegründet darstellen, — da die der Erklärungsschrift desselben anliegende Vorladungs-Verfügung des zur Eidesabnahme requirirten Stadtgerichts zu Berlin v. 27/4 1848 nicht allein von dieser Behörde unterzeichnet, sondern auch mit dem Dienstsiegel versehen unter der Adresse des appellantischen Anwalts in Berlin am 6/5 1848 zur Post gegeben worden und überhaupt der Form, sowie dem Inhalt nach, deren Echtheit nicht zu bezweifeln ist, — und da der Anwalt des Appellanten gesteht, dieselbe geraume Zeit vor dem auf den 22/5 1848 anberaumten Schwörungstermin durch die Post zugestellt erhalten zu haben, es nicht darauf ankommt, daß solche ihm nicht durch einen Gerichtsdiener behändigt worden ist."

62) Verordn. v. 17. May 1858.

oder sonstige sichere Nachricht zu erlangen steht, von der Gesandtschaft ꝛc. amtliche Bescheinigung dahin zu ertheilen, daß die Absendung an den Betheiligten bewirkt worden sey. 5. Ist für den betr. auswärtigen Staat oder Ort eine hessische Gesandtschaft oder ein Consulat nicht bestellt, so kann das Ministerium des Aeußern eine andere, dem deutschen Bunde angehörige Regierung um Beauftragung ihrer Gesandtschaft, resp. ihres Consulats, mit Besorgung der unter 2, 3, 4 erwähnten Handlungen ersuchen und sollen die letzteren in solchem Fall so angesehen werden, als seyen sie durch kurhessische Gesandte oder Consuln bewirkt worden.

7. Führen die Requisitorialen zu keinem Ziele, verweigert z. B. ein auswärtiges Gericht die Annahme der Citation — abgesehen jedoch von den unter Nr. 6 a. E. erwähnten Voraussetzungen — alsdann ist durch Erlassung von Edictalen dem Mangel der Insinuation abzuhelfen [63]).

Kapitel XX.

Gesetzwidrigkeit des Urtheils.

§. 62.

1. Auf das materielle Recht sich beziehende.

Außer dem bereits früher (S. 26 fg.) im Allgemeinen Ausgeführten sind hier im Näheren folgende Fälle von Gesetzwidrigkeiten zu erwähnen:

A. In Beziehung auf das Personenrecht, wenn es sich z. B. um die Anwendung der auf die liberalis causa beziehenden gesetzlichen Bestimmungen [64]) handelt, wonach beim

63) Geheim. R.-Beschl. v. 23. April 1782. Die Veranlassung hierzu gab ein im Reiche stattgefundener Fall ab. Ueber dergleichen Insinuationen im Concurs vergl.: Proc.-Ordn. v. 5. Sept. 1745 §. 30; z. B. eines Präclusiv-Erkenntnisses im Concurs, Hoyß. Cur. g. Fisc. Pr. [8984] 1/10 1845. — Die näheren Voraussetzungen solcher öffentlicher Ladungen enthält die Hanauer U. G. Ordn. Tit. 8 §. 14; Tit. 42 §. 7; vergl. auch: Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 15; v. 28. Dec. 1816 §. 37; für Ablös.-Sachen: Gesetz v. 23. Juni 1832 §. 88 fg., 99 fg.

64) l. 41 pr. D. de lib. caus. (40. 17); l. ult. C. de ordn. cogn. (7. 19).

Streite über den Status eines Kindes, vorausgesetzt, daß die Existenz des Zustands der ehelichen Kindschaft desselben erhellt, dieser Zustand selbst, bis zum Beweise des Gegentheils, anzunehmen ist, — in Anwendung auf den Fall, wo in einem Erbschaftsstreite die eheliche Geburt eines Kindes bestritten wurde[65].

B. In Beziehung auf dingliche Rechte, den Besitz und deshalbige Klagen.

a. In Anwendung einer Vorschrift in Hessen, wonach die „über unbewegliche Güter, Zehnten, Jura realia fürgehenden Kauf-, Tausch-, Donations- und dergleichen Alimentions-Briefe" der gerichtlichen Bestätigung unterliegen[66], wurde angenommen, daß, wenn die gerichtliche Bestätigung bei vertragsmäßiger Constituirung einer Servitut nicht, oder bei einer eben solchen Modification einer bereits bestehenden Servitut erfordert worden sey, ein solcher Ausspruch, wiewohl die erste Annahme gegen diejenige des obersten Gerichtes sey, doch weder im einen noch im andern Ausspruche eine Nichtigkeit begründet gefunden werden könne, weil hier von einer juristischen Interpretation zweifelhafter Gesetze die Rede sey[67].

b. Die Nichtberücksichtigung derjenigen Rechtssätze, wonach zum Erwerbe einer Servitut mittelst unvordenklicher Verjährung die Ausübung der Servitut auch von Seiten der Auc-

---

65) Gegen diese wurde vorgebracht: das Kind sey den 22. Sept. 1847 geboren, die Copulation dessen Mutter aber frühestens den 23. April dess. J. erfolgt. Das U. Gericht ging davon aus, der Besitzstand der Kindschaft sey in Folge der Geburt des Kindes in der Ehe eingetreten. Die Gegner hätten daher den Beweis des Gegentheils führen müssen, was unterblieben sey. In oberster Instanz wurde auf die erhobene N.-Beschwerde angenommen, daß, wenn auch von einem Besitzstand vorliegend die Rede nicht seyn könne, in dieser Einkleidung des Satzes doch keine Rechtsverletzung liege und, was den Satz selbst betreffe, dadurch, daß solcher nicht unmittelbar in jenen Stellen enthalten sey, keine Nichtigkeit begründet werde. Hierfür wurde sich auf Glück's Com. Th. 2 S. 112 und die l. 41 cit. insofern bezogen, als diejenigen Gründe, nach welchen in dieser Stelle auf den factischen Zustand der Freiheit gesehen werde, auch für einen gleichen Ausweg zu Gunsten der ehelichen Kindschaft sprächen, Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 26/6 1848, abgedr. in Seufferts Archiv B. 3 Nr. 299 (S. 399).

66) Contr.-Ordn. v. 9. Jan. 1732 §§. 1. 4.

67) Des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VII S. 235, 234 Not. 104.

toren des Berechtigten, sowie die Kenntniß des Verpflichteten von dieser Ausübung gehört, ist als nicht gegen klare Gesetze streitend zu erachten [68]).

c. Ein Nichtigkeitsgrund liegt auch nicht in der unterlassenen Anwendung der lediglich von einer vertragsmäßig oder letztwillig bestellten Servitut redenden l. 9. D. de serv. (8. 1) [69]).

d. Rücksichtlich des Hypothekenrechts sind folgende Rechtssätze von Interesse:

a. Wenn gleich nach einer Vorschrift des hessischen Rechts der gesetzliche General-Pfandgläubiger, unter näher angegebenen Voraussetzungen, die hypothekarische Klage wider den Besitzer im guten Glauben, der zugleich einen gerechten Titel nicht hat, nicht zusteht [70]), so begründet doch eine dem entgegenstehende Annahme keine Nichtigkeit [71]).

b. Nach Wiederherstellung der vaterländischen Verfassung, in specieller Beziehung auf die Hypotheken und Währschaften, wurde bestimmt, daß alle Gläubiger mit den Documenten ihrer Pfandschaften in einer bestimmten Frist, unter näheren Bestimmungen, bei dem zur Bestätigung der Hypotheken ermächtigten Gerichte sich melden sollten, um die Eintragung in die Hypotheken-Bücher bewirken zu lassen; widrigenfalls „nach Ablauf der Frist das Recht der öffentlichen Hypothek verloren gehen solle" [72]). In Beziehung auf ein Erkenntniß nun, wodurch gleichwohl die Erhaltung des Rechts des letzteren in Folge stattgehabter Meldung ohne geschehenen Eintrag auf Grund

---

68) Sinning g. Vorsteher d. Peterviertels zu Hersfeld [4834] O. A. G. D. 31/8 1839.

69) Sie lautet: »Si cui simplicius via per fundum cedatur vel relinquatur in infinito — ire agere licebit —. Verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae ejus potestatem haberet.«

70) Verordn. v. 28. Juli 1789 §. 4. Vergl. über den Inhalt und jene näheren Voraussetzungen: des Verf.'s N. Samml. Th. I S. 297.

71) Roß g. Barthels [8230] O. A. G. D. v. 26/3 1842.

72) Reg.-Ausschr. v. 11/6 1814 Nr. 2.

jener Vorschrift ausgesprochen wurde, nahm man an, daß dadurch eine Nichtigkeit begangen sey[73]).

c. Die Frage dagegen: ob die Errichtung einer Hypothek zur Zeit ihrer Bestellung während der Zeit einer Zwischenregierung nach den während solcher in Kraft bestandenen Gesetzen (Code Nap. Art. 2127) oder nach früher bestandenen particularrechtlichen Normen zu bewirken gewesen sey, steht nur nach dem richterlichen Ermessen, dessen Ergebniß der Anfechtung mit der Nichtigkeits-Beschwerde nicht unterliegt, zu beurtheilen[74]).

d. In Beziehung auf die Vorschrift des röm. Rechts, wonach, wenn Jemand wissentlich ein verpfändetes Grundstück gekauft, und auch über die Entwährung nichts verabredet hat, er das Gezahlte nicht zurückfordern kann[75]), hatte die Käuferin von Immobilien den Anspruch ihrer Verkäuferin gegen deren Auctoren auf Löschung eines auf jenen ruhenden hypothekarischen Eintrags auf den Grund ausdrücklicher und stillschweigender Cession geltend gemacht, diese aber, nach jener Gesetzesstelle, mit der Einrede sich vertheidigt, daß ihre Käuferin von der fraglichen Hypothek in Kenntniß gesetzt worden sey. Das Obergericht hielt jenes Gesetz auf den Anspruch eines Käufers auf Löschung inscribirter Hypotheken, mit Rücksicht auf die seiner Ansicht nach durch das deutschrechtliche Institut der Hypothekenbücher eingetretene Veränderung der Verhältnisse nicht für anwendbar und das O. A. Gericht erkannte auf die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde, daß in diesem Ausspruch eine „unmittelbare" Verletzung jenes Gesetzes nicht gefunden werden könne, die von den Querulanten behauptete Verletzung des Gerichtsgebrauchs aber die Nichtigkeit eines Erkenntnisses nicht begründe[76]).

e. Auch in dem Ausspruch, daß die im röm. Rechte zum Schutze gewisser Rechte eingeführten Klagen zum Schutz

73) Der Rechtsf. findet sich in Henkels Samml. S. 349.

74) Hamm g. Hempel, O. A. G. D. v. 1839.

75) l. 27 C. de evict. (8. 45).

76) O. A. G. Decr. v. 14/7 1848 (abgedr. in den Annal. B. VI S. 495—501).

in der Ausübung auch deutschrechtlicher Verhältnisse, z. B. eines Frohndrechts, unzulässig seyen, liegt kein Grund zur Nichtigkeits-Beschwerde [77]).

f. Als in einem Güter-Ergänzungs-Edicte des Ausdrucks „Possessor" sich bedient und vom Mittelgericht unter demselben der Eigenthümer resp. der im Usucapions-Besitze befindliche Besitzer verstanden war, wurde auch darin kein Verstoß wider eine klare gesetzliche Bestimmung erblickt [78]).

g. Desgleichen nicht in der Entscheidung eines Gerichts, daß aus der Nichtbeziehung des Lehngelds von einzelnen Grundstücken eine Exemtion vom Rechte auf jenes nicht folge [79]).

C. Rücksichtlich des Forderungsrechtes und der dahin einschlagenden Rechtsgeschäfte und Verhältnisse ist, was

1. dieselben im Allgemeinen betrifft, angenommen:

a. daß eine materielle Nichtigkeit alsdann vorhanden sey, wenn nachdem aus einem Vertrage geklagt worden, für dessen Eingehung ein Gesetz gewisse Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit klar vorschreibe, der Mangel jener Formalien zwar vom Verklagten genügt, dennoch aber das Geschäft für giltig erkannt wäre [80]).

b. Nach der Praxis des hessischen O. A. Gerichts sind zwar die von einem Minderjährigen ohne Mitwirkung seines Vormunds abgeschlossenen Verträge ungiltig und es bedarf dawider nicht der Restitution [81]). Als aber wider diesen Rechtssatz verstoßen und deshalb Nichtigkeits-Beschwerde an dasselbe Gericht erhoben worden war, hielt sich solches zur Abänderung dieser Entscheidung lediglich unter der Voraussetzung für ermächtigt, daß dieselbe für materiell nichtig (contra jus in thesi) erkannt worden sey und entschied zugleich, daß sie aus diesem Gesichtspuncte nicht angefochten werden könne, „weil kein Gesetz das Erfor-

---

77) Vergl. Pfeiffer's pr. Ausf. B. VII S. 445 fg.; und im Näheren: das oben (S. 35) Ausgeführte.

78) Bolz g. Frick [463] 23/5 1846.

79) zumal ein die Aufforderung begründender Erwerb erst seit dem J. 1819 eingetreten seyn sollte, Israel g. v. Dallwigk [9093] 28/11 1843.

80) Häusser g. Eschwege, O. A. G. Besch. v. 11/4 1821.

Pfeiffer's pr. Ausf. B. VII S. 128, 146 (Rechtsf. Nr. 33).

derniß der Mitwirkung des Curators zu jedem das Vermögen betreffenden Vertrage eines mündigen Minderjährigen klar und geradezu ausspreche"[82]).

c. Auch die Frage: ob, nach der vor der Gem.=Ordn. v. 23. Oct. 1834 bestandenen Städteverfassung, der Ortsvorstand (Bürgermeister) auch ohne Zustimmung des Magistrats die Stadt verbindende Geschäfte habe eingehen können, ist durch klare Gesetze nicht entschieden und ihre Beantwortung unterliegt daher gleichfalls nicht der Richtigkeits=Beschwerde[83]).

2. Rücksichtlich einzelner Obligations=Verhältnisse sind beispielsweise folgende zu erwähnen:

a. In Beziehung auf den Rechtssatz: „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit"[84]) wurde mit Anwendung auf die Frage: ob danach, bei geleisteter Zahlung und zugesagter Entschädigung, das der querulatischen Klage zum Grunde liegende Geschäft (ad tradendam rem venditam vel ad solvendum pretium) ungiltig sey? von der Beurtheilung des vorliegenden Falles abhänge und daher keine Verletzung eines klaren Gesetzes darin zu finden sey[85]).

b. Ein Gleiches gilt von der Entscheidung sowohl dahin, daß eine stattgehabte Abrechnung, welche nach der Praxis des O. A. Gerichts in Hessen für einen selbstständigen Verbindlichkeitsgrund gilt[86]), nicht dafür zu halten sey[87]); als auch der Frage: ob in der Anerkennung einer schon bestehenden Schuld ein constitutum debiti proprii liege? und darauf die von diesem geltenden römischrechtlichen Bestimmungen anwendbar seyen?[88]), sowie

c. von dem Erkenntniß über die Frage: ob in Beziehung auf einen Vertrag zum Vortheil eines Dritten (Richt=

---

82) O. A. G. Decr. v. 29/5 1833, abgedr. bei Pfeiffer, a. a. O. S. 130.

83) St. Steinau g. Grauel [6474] O. A. G. D. 13/7 1839.

84) l. 108 §. 1 D. de V. O. (45. 1).

85) Stern g. Stern [9250] 7/2 1844.

86) Pfeiffer, pr. Ausf. B. VIII S. 64—122; N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VII, S. 546; Annal. II 135 fg.

87) Bernhard g, Becker [6989] 7/4 1840.

88) v. Reineck g. Kehr'sche Vorm. [5155] 8/6 1839.

contrahenten) aus solchen, dessen Klage unbegründet erscheine? [89]) da nur in Folge der Auslegung einzelner, in den Quellen des röm. Rechts zerstreuter, Vorschriften ein die Klagbarkeit des Anspruchs durch einen Dritten allerdings unterstellender Rechtssatz ermittelt worden sey.

d. Rücksichtlich der Forderung eines Mäckelgelds ist in Hessen solches gesetzlich auf 2 pCt. und zugleich bestimmt, daß, wer ein Mehreres sich anmaßen würde, das zuviel genommene dem Schuldner wieder zu erstatten ꝛc. [90]), so wie, daß dieser Betrag als die gesetzmäßig erlaubte höchste Belohnung des Mäcklers angesehen werden, solche auch nur im Fall eines ausdrücklichen Versprechens stattfinden solle; ferner, daß, wenn weniger versprochen sey, es bei dem Versprochenen lediglich sein Verbleiben haben und wenn gar keine Uebereinkunft über das Mäckelgeld getroffen worden, auf solches keine Klage bei den Gerichten angenommen werden soll [91]). Als nun in einem Processe darüber gestritten wurde: welche Thätigkeit des jenes Mäckelgeld Ansprechenden erforderlich, ob es namentlich genügend sey, daß derselbe, der Kläger, einem Verkäufer, dem Verklagten, den Käufer ausgemacht und jenem zugeführt habe, oder der Vertrag durch Vermittelung des Mäcklers habe abgeschlossen werden müssen? — so wie weiter: ob des Verklagten Beziehung darauf, daß der Kläger auch vom Käufer ein Honorar sich ausbedungen habe, erheblich sey? — das Mittelgericht aber diese Fragen zu Gunsten des Klägers entschieden und den Verklagten verurtheilt, — hiergegen aber der letztere die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben hatte, — wies das O. A. Gericht solche zurück, da weder gegen klares Gesetz, noch gegen den deutlichen Inhalt der Acten entschieden sey, indem „die erwähnten Verordnungen keinenfalls darüber sich klar aussprächen, worauf es allein hier ankomme, ob für die Bezeichnung und Zuweisung eines Käufers ein 2 pc. nicht übersteigendes Mäckelgeld bedungen und ein Mäckler bei einem Kauf-Contracte für jeden der Contrahenten nicht thätig seyn und von jedem derselben das bedungene Honorar nicht beziehen

---

89) Des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. V S. 18, 41 Nr. 9.
90) Verordn. v. 18. Oct. 1773 §. 4.
91) Verordn. v. 20. Aug. 1800 §. 6.

könne, vielmehr die deshalbige Annahme des Obergerichts nur als Ausfluß richterlicher Interpretation desselben zu betrachten stehe [92]).“

e. Zu den Alimenten, welche der Stuprator zu entrichten hat, werden nach gemeinem Rechte auch die Kindbetts-, Tauf- und Leichen-Kosten gerechnet; wohingegen in Hessen, im Ober-Fürstenthum, zwar die beiden letzten Arten von Kosten, nicht aber auch die erste zuerkannt wurden, nach der Praxis des Consistoriums zu Cassel aber der Geschwächten alle jene Kosten zufielen [93]). Da indeß diese Grundsätze vornämlich auf der Praxis beruhen, so folgerte man, nach dem früher in Beziehung auf die Nichtigkeits-Beschwerde wegen Verstoßes wider den Gerichtsgebrauch bereits Ausgeführten (S. 33) daraus, daß solche für begründet alsdann nicht erachtet werden könne, wenn durch ein Erkenntniß gegen dergleichen Rechtssätze verstoßen worden sey [94]).

f. In Beziehung auf die Verbindlichkeit der Frau, bei bestehender Errungenschafts-Gemeinschaft zur Bezahlung der während der Ehe gemeinschaftlich gemachten Schulden

---

92) Georg g. Löwenberg [8588] 21/3 1843. Im Näheren vergl. darüber des Verf.'s N. Samml. Th. VII S. 184 fg.

93) Ledderhose, Kirchenr. (1. Ausg.) §. 608 (vergl. 2. Aufl. §. 659); woselbst rücksichtlich der oberhessischen Praxis zwei Bescheide des Marburger Consistorii aus den J. 1781 und 1783 angeführt werden. Vergl. Kopp Handb. s. v. Kindbettskosten. Derselbe bemerkt dazu: daß nach der Praxis des Consistorii zu Rinteln der Vater der Mutter, mit der er ein uneheliches Kind erzeugt, auch die Kindbettskosten erstatten müsse, nach einem Rintel. Reg. Com. v. 20. Oct. 1780.

94) Schüßler, die Patern.-, Alimenten- u. Satisf.-Klagen (1835) §. 32, theilt einen Fall mit, wonach beim O. Gerichte zu Cassel im J. 1825, neben den herkömmlichen Alimenten, auch Kindbetts-, Tauf-, Begräbniß-, Arznei-Kosten und ärztliches Honorar eingeklagt, aber aberkannt wurden. Das O. A. Gericht wies die deshalb von der Klägerin erhobene N.-Beschwerde zurück: „da, nach bestehendem Gerichtsgebrauche, zum Unterhalte eines unehelichen Kindes von dessen Vater eine bestimmte Aversional-Summe jährlich zu erlegen ist, ohne die einzelnen Bedürfnisse, welche darunter zu begreifen sind, speciell zu bezeichnen; solchemnach aber die gemeinrechtliche Bestimmung über den Umfang der Alimente überhaupt dadurch nicht verletzt wird, daß die gleichzeitig geforderten Kindbetts-, Tauf-, Begräbniß- und Arznei-Kosten nebst Arztlohn aberkannt worden sind.“

beizutragen, wurde durch landesherrlichen Beschluß [95]) ein mit dem vom O. A. Gericht erforderten Gutachten verbundener Antrag genehmigt, welcher dahin ging: „daß eine mit ihrem Manne gleiche Handthierung treibende und an dem Erwerbe zur Hälfte theilnehmende Ehefrau, wenn über des Mannes Vermögen ein Concurs entstände, oder derselbe außerdem nicht mehr solvendo wäre, für die mit ihrem Wissen und Willen in der Ehe gemachten Schulden zur Hälfte einzustehen und den Creditoren principaliter dafür zu haften schuldig seye: dafern aber des Mannes Vermögen zur Bezahlung aller Schulden und darunter auch zu Erstattung des Illatorum hinreichte, diese, ohne Zurechnung dessen, was in währender Ehe verzehrt worden, es möchten Kinder vorhanden seyn oder nicht, der Frau zu ihrer und der Kinder fernere Erhaltung und resp. Erziehung sonder Rücksicht, ob sie in dem Wittwenstande unverrückt verbleiben, oder solchen hiernächst verändern wollte, zu restituiren seyen. Vermeinten jedoch die Vormünder der Kinder, oder des Mannes Erben rechtlich darthun zu können, daß die Ehefrau durch ihr unordentliches Leben, oder sonst auf eine unerlaubte betrügliche Weise die Dissipirung des Mannes Vermögen selbst verursachet hätte: so bliebe ihnen der Schadensersetzung halber die Nothdurft in Foro competente gegen sie auszuführen und dem Gerichte von Ober-Vormundschafts wegen praevia causae cognitione Hand einzuschlagen unbenommen." Erkenntnisse wider diesen landesherrlichen Beschluß unterliegen der Nichtigkeits-Beschwerde [96]).

g. Wenn gleich im Fulda'schen Landestheil Hessens die allgemeine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten gilt, und die Vermuthung für deren Existenz streitet [97]), so wurde doch ein Verstoß wider die deshalbige Verordnung in einem Falle nicht angenommen, wo die Eheleute an einem Orte sich aufhielten, an welchem jenes Recht nicht bestand, zumal in den

---

95) Geheime-Raths-Beschl. vom 7. May 1782. (N. S. d. L. O. III. 565).

96) Rothe u. v. Meibom, kurhess. Privatr., I. 414.

97) Schäfer g. Heisen [460] O. A. G. Erk. v. 5/1 1847; Gößmann Gem., 64 fg.

Verhandlungen erster Instanz die Behauptung, daß die Querulatin mit ihrem Ehemanne in jener Gemeinschaft lebe, nicht aufgestellt worden war [98]).

h. Auch in der Annahme, daß die Ehefrau eines Schuldners gemeinschaftlich mit ihrem Ehemanne eine Schuld contrahirt habe, wird ein Verstoß wider die gesetzlichen Bestimmungen über die verbotene Intercession der Ehefrau, insonderheit gegen die authentica si qua mulier, nicht gefunden [99]).

i. Nach einem landesherrlichen Beschlusse [100]) hat „eine mit ihrem Ehemanne gleiche Handthierung treibende und an dem Erwerbe zur Hälfte theilnehmende Ehefrau, wenn über des Mannes Vermögen ein Concurs entstände, oder derselbe außerdem nicht mehr solvendo wäre, für die mit ihrem Wissen und Willen in der Ehe gemachten Schulden zur Hälfte einzustehen und ist den Creditoren principaliter dafür zu haften schuldig ꝛc." Nur dann also insonderheit haftet sie zu jenem Theil, wenn sie von der Eingehung der Schulden weiß und in solche willigt. Mangelt es aber an dieser Voraussetzung, so liegt alsdann ein Verstoß gegen jene Vorschrift und sonach eine Nichtigkeit vor [1]).

k. Da der die gekaufte Sache besitzende Käufer zur Ver-

---

98) Herbst g. Heß [1550] 15/11 1848.

99) Schmand g. Kraß [6948] 24/10 1840.

100) Extract Geh.-Raths-Protoc. v. 7. May 1782, abgedruckt bei Ledderhose, kl. Schrift. Th. I S. 279 fg. Vergl. Landesherrl. Rescr. v. 29. Dec. 1752; Verordn. v. 17. März 1767 §. 27.

1) Saß g. Wetzel [9721] O. A. G. O. v. 19/3 1845, in Erw.: „daß es als ein Verstoß gegen die klare Vorschrift des Geh. Raths-Beschlusses vom 7. May 1782 erscheint, ohne jenes Mitwissen und Zustimmen der betreffenden Ehefrau eine Mitverpflichtung derselben zur Zahlung" (des Kaufpreises für die vom Ehemann allein gekauften, aber von der Ehefrau, nachdem der Ehemann insolvent geworden war, in Benutzung genommenen Waaren) „anzunehmen, und unter dieser Voraussetzung eine richterliche Reflexion über den etwaigen Einfluß der oben erwähnten in der Klage behaupteten beiden Umstände" (Benutzung Seitens der Frau und Insolvenz des Mannes) „um so mehr als ausgeschlossen sich darstellt, als dabei nicht einmal behauptet worden ist, daß die querulantische Ehefrau, ehe und bevor sie die fraglichen Waaren in Gebrauch genommen, von dem sie betreffenden Kaufgeschäft Wissenschaft gehabt habe."

zinsung des Kaufpreises, gesetzlicher Bestimmung zufolge[2]), verbunden erscheint, so ist in der Entscheidung, wodurch diese Verpflichtung verneint wird, eine Nichtigkeit enthalten[3]).

l. Wenn der negotiorum gestor, welcher dem Geschäftsherr aus der Geschäftsführung schuldet, im Verzug sich befindet und auf Zahlung des schuldigen Betrags von jenem belangt wird, die Verurtheilung auch darauf, aber nicht auf die Zinsen erfolgt, so sollen nun die letzteren nicht mehr gefordert werden können; es wäre denn vom Erkenntnisse appellirt worden[4]). Der Sinn dieser gesetzlichen Vorschrift ist indessen rücksichtlich der Frage: ob, wenn das Urtheil Zinsen nicht zuerkennt, solche dennoch nach Ablauf der darin festgesetzten Zahlungsfrist verlangt werden können? nicht für so zweifellos angenommen worden, daß die Auslegung derselben in einem Erkenntniß, wodurch jene Frage verneint wird, als gegen ein klares Gesetz anstoßend anzusehen und daher jene Entscheidung selbst als unheilbar nichtig anzunehmen wäre[5]).

m. Gegen den, den Verkauf der verpfändeten Sache betreibenden Pfandgläubiger, welcher nach röm. Recht nur dafür zu haften hatte, daß er zum Verkaufe, nach Maaßgabe seines Pfandrechts, befugt war, weil er „potiorem se esse ceteris creditoribus“, findet beim gerichtlichen Pfandverkauf in der Regel eine Klage des Adjudicatars wegen Entwährung nicht statt, da er nicht als Verkäufer, sondern nur als betreibender Theil in Betracht kommt. In einem Falle jener Art hatte das Untergericht diese Evictionspflicht gleichwohl angenommen und den Pfandgläubiger verurtheilt, indem es von der Voraussetzung ausging, daß der Gläubiger, zu dessen Befriedigung im Executionswege dem Schuldner eine Sache ver-

---

2) z. B. in der l. 13 §. 20 D. de act. emt. vend. (19. 1) verb.: »— cum re emptor fruatur, aequissimum est, cum usuras pretii pendere.« Vergl. l. 21 D. eod.; l. 13 C. de act. emt. (4. 49); l. 18 §. 1 D. (22. 1) und l. 2, 5, C. de usur. (4. 32).

3) Weber g. Rösser [8714] 1843. Es konnte zudem in diesem Fall ein Retentionsrecht des Käufers angenommen werden.

4) l. 13 C. de usur. (4. 32).

5) May g. Baupel [3928] 3/8 1836; Lauf g. Weiershäuser [6497] 18/4 1840.

pfändet und verkauft werde, schon vermöge dieses Verhältnisses dem Käufer, dem die Sache von einem Dritten als Eigenthümer evincirt werde, zur Gewährleistung verbunden sey. Das Mittelgericht aber hob dieß Erkenntniß auf, weil der Adjudicatar nur an den ursprünglichen Schuldner und Verpfänder sich zu halten befugt sey und die Nichtigkeits-Beschwerde hiergegen wies das O. A. Gericht als ungegründet zurück, indem dasselbe jene unterrichterliche Unterstellung als mit der in den Gesetzen [6]) klar ausgesprochenen Rechtsregel, — wonach der Pfandgläubiger, welcher als solcher die ihm verpfändete Sache verkaufe, dem Käufer, dem sie von einem Dritten als Eigenthümer evincirt werde, nicht zur Gewährleistung verbunden sey, sofern er nicht etwa diese Verbindlichkeit ausdrücklich übernommen und nicht dolos gehandelt habe, — in geradem Widerspruche stehend mit dem weiteren Anführen bezeichnete, daß, wenn gleich die, die erwähnte Rechtsregel begründenden Gesetzstellen von dem Falle redeten, wo das Pfand vom Gläubiger selbst verkauft werde, ihre Anwendbarkeit auf den dermalen stattfindenden gerichtlichen Verkauf der Hypotheken und Pfänder, wobei der Gläubiger nur als betreibende Partei auftrete, doch nicht in Zweifel gezogen werden könne, da die Verbindlichkeit des Gläubigers in der letztgedachten Eigenschaft nicht weiter gehen könne, als wenn er selbst der Verkäufer wäre, wie denn auch weitere Gesetzstellen [7]) Anwendungsfälle in Beziehung auf den Verkauf des pignus judicati causa captum enthielten [8]). — Hiernach wurde deshalb die auf Appellation erfolgte Entscheidung des Mittelgerichts in Folge der dawider eingeführten Nichtigkeits-Beschwerde aus Gründen gerechtfertigt, welche dieses letztere Rechtsmittel auch vor jenem begründet haben würde, aus Gesetzwidrigkeit.

n. Die Beantwortung der Frage: ob die Stipulation eines Zinses neben den gesetzlichen Concessions-Abgaben für den

---

6) l. 11 §. 16 D. de act. emt. vend. (19. 1); l. 10 D. de distr. pign. (20. 5); l. 1. 2 C. de distr. pign. (8. 46).

7) l. 74 §. 1 D. de evict. (21. 2); l. 13 C. de evict. (8. 45).

8) Adam g. Weingarten [8310] 14/12 1844. Die nähere Mittheilung des Rechtsfalls findet sich in des Verf.'s Subhast.-Verf. (1852) S. 343.

Branntweinsschank als unzulässig zu betrachten sey? ist, nach den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen, kein Gegenstand der Nichtigkeits-Beschwerde [9]).

o. In Ansehung der Klagen auf Schadensersatz ist des Falles hier zu gedenken, wo der Schaden auf Veranlassung (impulsu) eines Andern angestiftet worden; es wird hier in den Gesetzen die actio in factum wider den Antreibenden gewährt [10]); die gegen einen solchen verurtheilenden Ausspruch eingeführte Nichtigkeits-Beschwerde wurde für unbegründet erklärt [11]).

D. Aus dem Erbrecht sind gleichfalls einige hier einschlagende Fälle zu gedenken. So hat man:

a. wie bereits früher (S. 47, Not. 5) erwähnt wurde, die Entscheidung der Frage: ob der auf eine bestimmte Sache eingesetzte Erbe als solcher, oder nicht vielmehr als Legatar zu betrachten sey? als nicht zur Anfechtung mit der Nichtigkeits-Beschwerde geeignet erachtet.

b. Der Satz: daß Brautkindern [12]) auch unter den

---

9) Menger g. Fisc. Pr. [7355] O. A. G. D. 20/10 1840.

10) l. 7 §. 3 D. ad leg. Aquil. (9. 2): »— si quis alterius impulsu damnum dederit: Proculus scribit, neque eum, qui impulit, teneri, quia non occidit: neque eum, qui impulsus est, quia damnum injuria non dedit; secundum quod in factum actio erit danda in eum, qui impulit.«

11) v. Malsburg g. Finis [9619] 31/5 1845. Ein Jagdberechtigter läßt einen im Jagdrevier betroffenen Hund durch einen Jagdbeamten todt schießen. Der Eigenthümer des Hundes erwirkt die Verurtheilung des Jagdberechtigten zum Ersatz des Schadens; derselbe erhebt zwar die N.-Beschwerde, wird aber in 2. und 3. Instanz damit zurückgewiesen, in der letzteren, in Erw.: „daß — die vom Querulanten angezogene l. 7 §. 3 cit. in ihrem Schlußsatz wider denjenigen, welcher einen Andern zu einer rechtswidrigen Beschädigung angetrieben hat, die actio in factum gewährt; — daß auch die Forst-Straforbn. v. 30. Dec. 1822 (Jagdstraf-Tarif II Nr. 19) keineswegs die Forst- und Jagdbedienten ermächtigt, Hunde, deren Eigenthümer man kennt, zu tödten und selbst die Tödtung anderer nur dann gestattet, „wenn sie im Jagdreviere suchend oder jagend betreten werden", was der Querulant von dem Hunde des Querulaten nicht behauptet hat."

12) d. h. solchen, deren Eltern öffentlich und giltig mit einander verlobt waren, an der förmlichen Vollziehung der Ehe mittelst priesterlicher Einsegnung aber durch irgend einen Zufall verhindert wurden; nicht auch die vor Eingehung des Verlöbnisses erzeugten Kinder, Schwaner g. S. [9467] 20/5 1848.

Protestanten die Rechte der ehelichen Geburt, insbesondere ein Erbrecht in Ansehung des väterlichen Nachlasses, zustehe, — gehört zu den Controversen, welche die Theorie und Praxis schon lange beschäftigt hat; er wird von vielen Rechtsgelehrten vertheidigt und hat vielfach wie namentlich in Hessen den Gerichtsgebrauch für sich. Als aber derselbe in Beziehung auf eine davon ausgehende Entscheidung im Wege der Nichtigkeits-Beschwerde in höchster Instanz angefochten war, wurde dieses Rechtsmittel sowohl nach Maaßgabe des gemeinen Rechts, als des Solmser Landrechts, als ungegründet zurückgewiesen [13]).

c. Nach gesetzlicher Vorschrift [14]) soll der Verkäufer einer Erbschaft, welcher später Erbe des Schuldners des Käufers wurde, verbunden seyn, diesem die Schuld zu zahlen und zwar aus dem Kaufvertrag; und dieser Grundsatz um so mehr in dem Fall gelten, wenn der Verkäufer seinen Gläubiger beerbt und dergestalt den Nachlaß verkauft [15]). Im Verstoß wider diese letztere Vorschrift wurde die Begründung einer Nichtigkeit gefunden [16]).

---

13) Hirt g. Raab [6532] O. A. G. D. v. 12/5 1824, in Erw.: „daß die von dem Querulanten erhobene N.-Beschwerde nur dann gegründet seyn würde, wenn das angefochtene — von dem im Text erwähnten Satz ausgehende — Erkenntniß mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung im geraden Widerspruche stände, was jedoch nicht der Fall ist, indem die streitige Rechtsfrage, ob den s. g. Brautkindern als solchen die Rechte der ehelichen Geburt, insbesondere die Erbfähigkeit in Ansehung des väterlichen Nachlasses, zukommen, weder durch eine gemeinrechtliche Bestimmung, noch in den angezogenen Stellen des solmsischen Landrechts *), klar entschieden ist." (* Tit. 25 §. 6, wonach den durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindern alle Rechte ehelich geborner beigelegt werden, schließt nach jener Entscheidung nicht aus, daß auf andere Weise die nicht in der Ehe geborenen Kinder die Rechte der ehelichen Geburt erhalten können und daß namentlich Brautkinder diesen gleichzuachten seyen; und das im §. 7 von „Bastarden" und „Bankerten" Gesagte soll nach jenem Erkenntniß nicht unzweifelhaft auf Brautkinder bezogen werden müssen. Vergl. des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. I S. 290 fg.; Pfeiffer's pr. Ausf. B. VIII S. 421.

14) l. 20 §. 1 D. de hered. v. act. vend. (18. 4).

15) »Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo exstitit, et hereditatem vendidit«; »quia«, wie die Glosse »si hereditatem« bemerkt, »illud debitum tenetur praestare per act. ex empto.«

16) Ehl g. Jäger [9318] O. A. G. D. v. 16/10 1847, in Erw.: „daß

d. Die Annahme, daß der vertragsmäßige Erbe durch einseitige Dispositionen seines Mitpaciscenten auf den Todesfall rücksichtlich des den Gegenstand des Erbvertrags bildenden Vermögens nicht verpflichtet werde und deshalb die Grundsätze, welche vom legatum praesenti heredi injunctum gelten, hier keine Anwendung fänden, verstößt nicht wider ein klares Gesetz [17]).

e. Die den Erben zur Sicherheit der Honorirten auferlegte Caution braucht bekanntlich diesen nicht angeboten zu werden; vielmehr ist sie von solchen vor gerichtlicher Verfolgung des Legats den Erben abzufordern und es gehört daher, zur Begründung der auf Leistung einer solchen Caution erhobenen Klage, eine vorausgegangene außergerichtliche Aufforderung. Dieser Ausspruch eines Obergerichts wurde als nichtig angefochten, das Rechtsmittel aber zurückgewiesen, da jener lediglich ein mit klaren Gesetzen nicht im Widerspruch stehendes, auf richterlichem Ermessen beruhendes Urtheil enthalte, wenn hiernach das Bestreiten des Anspruchs in dem gerichtlichen Verfahren für unerheblich gehalten werde [18]).

f. In Beziehung auf das Recht eines Anerben zur Uebernahme des Meierguts wird zwar dasselbe als „ein durch die Geburt entstandenes Jus hereditarium radicatum ex lege“ bezeichnet [19]); dahingegen kann aber die Frage: ob derselbe die zu jener Uebernahme erforderlichen Eigenschaften habe, keinen Gegenstand einer Nichtigkeits-Beschwerde, welche eben

---

— in dem fraglichen Vergleiche, wodurch der Querulat gegen die von dem Querulanten übernommene Zahlung von 50 Thlr. nebst den Proceßkosten an die S. zu Gunsten des Querulanten auf den Nachlaß seines genannten Bruders verzichtet, offenbar ein Erbschaftsverkauf zum Erbantheil des Querulaten zu finden, — und in Ansehung der auf diesen Erbantheil kommenden Hälfte der in Rede stehenden Forderung in dem O. G. Erkenntnisse eine Verletzung der klaren Vorschrift der l. 20 §. 1 D. 18. 4, wonach der Erbschaftsverkäufer wegen dessen, was er dem Erblasser schuldet, von dem Käufer mit der Klage aus dem Kaufe belangt werden kann, enthalten ist.“

17) Hallenberger g. H. [1214] 13/5 1848.

18) Möser g. Möser [8350] 12/10 1842; vergl. Simon g. Appelius [1998] 1835.

19) Spangenberg, pr. Erört. B. IX S. 292.

durch die Berücksichtigung der thatsächlichen Voraussetzungen ausgeschlossen wird, abgeben [20]).

E. In Beziehung auf die Frage: ob ein öffentliches Recht oder ein Privatrecht in Frage stehe und, wenn letzteres, ob durch ein Erkenntniß ein Verstoß wider solches begangen sey? ist in Hessen bestimmt: „Die gerichtliche Klage ist im Allgemeinen und abgesehen von den Fällen, in welchen nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift die Betretung des Rechtsweges soll erfolgen können, überall nicht eröffnet, wo die angeblich erlittene Rechtsverletzung auf einer durch die Verfügungen der Staatsbehörden geschehenen Anwendung der Staats- und Hoheits-Gerechtsame beruht, und nicht etwa ein, auf einen besondern Titel sich gründendes Recht als durch dieselben verletzt nachgewiesen werden kann, durch welches außer dem Gebiet des Privatrechts in dem einzelnen Falle die Anwendung der vorgedachten Staats-Gerechtsame beschränkt wird" [21]). In Beziehung auf diese Vorschrift sind nun folgende Grundsätze anerkannt worden: Die Nichtigkeits-Beschwerde wider eine Entscheidung, durch welche ein Gericht einem Verhältniß privatrechtliche Bedeutung beigelegt und das geltend gemachte Privatrecht für begründet angenommen hat, kann nicht schon durch die Behauptung motivirt werden, daß dieß mit Unrecht geschehen sey, das betreffende Verhältniß vielmehr dem öffentlichen Rechte angehöre und zur Beurtheilung der Gerichte sich nicht eigne, — wenn nicht zugleich die Verletzung des clarum jus dargelegt wird; denn es handelt sich hierbei nicht um die Competenz, sondern nur um eine Frage des materiellen Rechtes [22]). Es entspricht diese Annahme der Entscheidung des umgekehrten Falles, wo eine Klage wegen Mangels des privatrechtlichen Charakters des betreffenden Verhältnisses zurückgewiesen und eine Anfechtung dieses Ausspruchs aus gleichen Gründen nicht mittelst der Justizverweigerungs-Beschwerde, sondern nur mittelst eines auf das Materielle der Sache eingehenden Rechtsmittels

20) Kastening g. Langhorst [8210] O. A. G. B. 15/3 1842. Vergl. Pfeiffer's Meierrecht §. 24 (S. 235).

21) Verfass.-Urk. v. 13. April 1852 §. 24.

22) Meng g. Stadt Fulda [2780] 1857.

zugelassen wird. Der Ausspruch nämlich, wodurch eine Klage nach der eben erwähnten gesetzlichen Bestimmung wegen öffentlich-rechtlicher Qualität des Verhältnisses als zum Rechtsweg nicht geeignet zurückgewiesen wird, stellt sich als ein Erkenntniß über den Ausspruch selbst dar und kann daher nur durch die Extrajudicial-Appellation und die Nichtigkeits-Beschwerde angegriffen werden [23]).

F. Von besonderem Interesse ist noch die in das Kirchenrecht einschlagende und auf die Beurtheilung der preußischen Union und ihre rechtlichen Folgen sich beziehende, vom Standpunct der Nichtigkeits-Beschwerde in der neuesten Zeit entschiedene Frage: ob, wenn an Orten, wo zwei evangelische Kirchengemeinden des lutherischen und des reformirten Bekenntnisses bestanden haben und darauf solche der Union beigetreten sind, durch diesen Beitritt allein schon die Möglichkeit ausgeschlossen werde, daß ein Gemeindeglied von einer Religionspartei zur andern mit rechtlicher Wirkung übergehen könne? Die Beantwortung dieser Frage hatte sich mit der Würdigung der Bedeutung der beiden bekannten Kabinets-Ordres vom 30. April 1840 und 28. April 1834 zu beschäftigen und es bietet sonach die nähere Kenntniß dieses Rechtsfalles, worin übrigens jene Frage verneinend entschieden wurde, auch aus einem das processualische Interesse überragendem Grunde Veranlassung zu näherer Mittheilung dar [24]).

---

23) Göbel g. Fisc. Pr. [3876] 1854. Der Fall war dieser: Der Kläger hatte, gestützt auf Erwerb einer Wirthschafts-Gerechtigkeit durch Verjährung, wegen inhibitorischer Regierungs-Handlungen, auf Anerkennung seines Rechts Klage erhoben. Es wurde die Eröffnung des Rechtswegs nur unter der Voraussetzung angenommen, daß jene Inhibition „auf Grund der Nichtanerkennung der klägerischen Gerechtsame", nicht aber auch für den Fall, daß dieselbe „in Ausübung eines sonst hierzu berechtigenden Hoheitsrechts" geschehen wäre, die Klage aber zurückgewiesen, weil aus deren Darstellung nicht entnommen werden konnte, auf welchen Grund hin die Staatsbehörde die Ausübung der Gerechtsame untersagt habe. — Gem. Dilschhausen g. Gem. Weitershausen [4017] 1855; Brunnet g. Gem. Beltershausen [4492] 1857; Lange g. Fisc. Pr. [4051] 1857; Becker g. Gem. Niederweimar [5000] 1858.

24) Entscheid. d. Geh. Obertribunals zu Berlin, B. 43 S. 287. In W., wo sich zwei evangelische Kirchengemeinden, resp. eine lutherische, eine reformirte,

§. 63.

2. Auf das Proceßrecht vornämlich gerichtete.

Es ist in dieser Hinsicht bei der Frage: ob eine Nichtigkeit im Urtheil begangen sey? zu dem in so weit bereits

---

befinden, die beide im J. 1830 der Union beigetreten sind und seitdem größere und kleinere genannt werden, erhob die erstere gegen N. Klage mit dem Antrage: ihn zur Beitragspflicht bei Bedürfnissen ihrer Gemeinde schuldig zu erkennen, indem sie behauptete: derselbe sey Mitglied, was daraus folge, daß er in der lutherischen Kirche zu D. getauft und confirmirt, in den J. 1828—1820 mehrfach in der lutherischen Kirche zu W. zum Abendmahl gegangen und dort aufgeboten sey, auch zu der in der kleineren reformirten Gemeinde daselbst stattgehabten Trauung ein besonderes Dimissoriale erhalten und sodann zur klagenden Gemeinde sich gehalten habe. — Nur dieß letztere bestritt N., behauptete aber, daß er im J. 1837 dem Pfarrer G. den Eintritt in die reform. Gemeinde ausdrücklich erklärt habe, der er sich schon im J. 1829 angeschlossen, daß er dort seine Kinder habe taufen und confirmiren lassen, auch daselbst zum Repräsentanten und Schulvorsteher gewählt und als solcher eingeführt sey, weshalb auch, als seine Befugniß, an der Wahl des Predigers der reformirten Gemeinde Theil zu nehmen, bezweifelt sey, der Ober-Kirchenrath seine Mitgliedschaft in der reform. Gemeinde anerkannt habe, — vorbehaltlich der vermögensrechtlichen Ansprüche, welche die luther. Gemeinde etwa im Rechtswege gegen ihn geltend machen würde. — Die Klägerin wurde in den J. 1859 resp. 1860 in den beiden ersten Instanzen mit ihrer Klage, am 9. Juli 1860 aber von dem Obertribunal zu Berlin mit der dahin ergriffenen Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen. Es wurde angenommen, daß N. durch Ergreifung des Domicils in W., nachdem er sich bis dahin zur lutherischen Gemeinde bekannt habe, in die dasige luther. Gemeinde eingepfarrt gewesen und im J. 1830 mit unirt worden sey, daß er aber durch die Erklärung vor dem Pfarrer G. und Uebernahme eines Amts in der reform. Gemeinde seinen Austritt aus der luther. Gemeinde erklärt habe. (Allgem. Landr. II. 11, 261). — In Betreff der Wirkung der Union wurde ausgeführt: Bei der Unirung der luther. und reform. Confessionen mochte man beabsichtigt haben, daß im Laufe der Zeit die Bekenntnißschriften Beider in Uebereinstimmung und so eine innere und äußere Verschmelzung derselben zu Stande gebracht werden würde. Ein Aufgeben des bisherigen Glaubensbekenntnisses beider Confessionen — was manchen Mitgliedern einen unerträglichen Gewissenszwang auferlegt hätte — hat die Union nicht herbeigeführt noch herbeiführen wollen (Kab.-Ordn. v. 30. April 1830 und v. 28. April 1834). Die Confessions-Unterschiede und Lehrbegriffe sind geblieben, wenn auch eine äußere Gleichstellung der Confessionen und ihrer Religionshandlungen, namentlich des Abendmahls-Ritus eingeführt wurde. An sich macht also die Union den Uebergang von einer unirten Gemeinde zur andern nicht unmöglich. Allerdings hat an manchen Orten eine Vereinigung der Confessionen zu einer Parochie, einer Verwaltung

früher Bemerkten (S. 26—50) erläuternd hier noch zu erwähnen, daß bei der Beantwortung insonderheit einestheils der Un=

---

und Seelsorge so vollständig stattgefunden, daß ein Uebergang äußerlich und rechtlich undenkbar ist. Dieß liegt in W. nicht vor, wo man daher noch sowohl durch ausdrückliche Erklärung, als durch concludente Handlungen von einer Gemeinde zur andern übergehen kann (Landr. II. 11 §§. 41, 42). — Die Nichtigkeits=Beschwerde behauptet Verletzung der angezogenen Gesetze, welche verschiedene Religionsparteien voraussetzten und auf der Union beigetretene Parteien unanwendbar seyen, da dieselben durch den Beitritt erklärten, daß sie die Verschiedenheiten in den Bekenntnissen der luther. und reform. Kirche nicht für so wesentlich erachten, um sich noch als verschiedene Religionsparteien zu betrachten. — Diese Beschwerde ist unbegründet. Von einem Verkennen des Wesens und der rechtlichen Wirkung der Union kann nicht die Rede seyn, da sich der Beitritt zur Union, — in Ermangelung besonderer Stipulationen über das Rechtsverhältniß der unirten Gemeinden, welche Vereinbarungen allenfalls einer solchen Beurtheilung unterliegen könnten, — unter den Begriff eines Rechtsgeschäfts nicht bringen läßt. Außerdem fehlt es für die rechtliche Beurtheilung der Frage, ob und welche Wirkungen der Beitritt in rechtlicher Beziehung, namentlich in Bezug auf den Parochialverband hervorgebracht habe, an einer gesetzlichen Bestimmung, die dazu berechtigte, im thatsächlichen Beitritt zweier an demselben Orte befindlicher Gemeinden der luther. und reform. Confession zur Union eine Aufhebung oder Aenderung ihrer bis dahin bestandenen rechtlichen Beziehungen zu einander zu finden. Denn darin, daß die lutherischen und reformirten Kirchen=Gemeinden sich nunmehr evangelische nennen und den Unionsritus bei der Abendmahlsfeier beobachten, kann ein rechtliches Moment dafür nicht gefunden werden, daß sie nicht mehr als verschiedene Religionsparteien zu betrachten wären. Da beide Gemeinden einmal im Sinne des Gesetzes als verschiedene Religionsparteien mit der Wirkung bestanden, daß ein Uebergang von einer zur andern gesetzlich statthaft war, so hätte es einer völligen Aufhebung dieses Unterschieds bedurft, um einen solchen Uebergang unmöglich zu machen. Statt dessen sagen die angeführten Kabinets=Ordres ausdrücklich, daß die Union keinen Confessionswechsel enthalte. Aus den Worten der K.=O. vom J. 1834 folgt keineswegs eine Aufhebung der Befugniß des Mitglieds *einer* unirten Gemeinde, sich zu dem bestehen gebliebenen Bekenntniß der *andern* unirten Gemeinde zu bekennen und zu ihr überzugehen, dadurch aber sich vom Pfarrzwang der verlassenen Gemeinde zu befreien. Für den Fall, wenn alle Gemeinden eines Orts, die ursprünglich verschiedener Confession waren, der Union (durch Annahme des Unionsritus) beigetreten sind, bestimmt das Minist.=Rescr. v. 5. May 1830 (Ann. 14. 326) nur, daß der frühere Parochialverband alsdann dadurch keine Veränderung erlitten habe und alle ehemaligen Mitglieder der Gemeinde solcher auch ferner pflichtig bleiben, da der Beitritt zur Confession kein Confessionswechsel sey. Dagegen ist auch hier nicht gesagt worden und konnte nicht als Norm bestimmt werden, daß nicht außerdem ein Confessionswechsel

terschied erheblich ist, ob über einen das materielle Proceßrecht betreffenden Punct, oder über einen auf das Verfahren sich beziehenden entschieden wurde; da im ersten Fall zum Zwecke jenes Erfolgs es genügend erscheint, wenn nur eine auf solchen sich beziehende gesetzliche Vorschrift verletzt worden ist; in diesem dagegen in Hessen, nach dem früher Erwähnten, die gleiche Wirkung nur dann eintritt, wenn die Entscheidung auf einen wesentlichen Proceßgrundsatz, eine Substantiale, gerichtet ist. Dann aber ist auch der weitere Unterschied von Wichtigkeit, ob die Nullität durch Anerkennung geheilt werden kann, oder nicht.

Im Näheren ist hier Folgendes zu bemerken:

1. In Beziehung auf das Verfahren und die Zuständigkeit der Gerichte hinsichtlich einer bestimmten Gattung von Streitigkeiten, derjenigen wegen der Nachfolge in ein Meiergut nämlich, kommt die Vorschrift in Betracht, der zufolge ein eigenes administrativgerichtliches Verfahren angeordnet ist [25]). Danach sollen „auf den Fall, daß zwischen ein und andern Anerben der Succession halber Streit entstände und der Hof dem ersten und rechtmäßigen zuzutheilen bedenklich fiele", die Beamten, jedoch mit jedesmaliger Zuziehung und Vorwissen derer Gutsherrn, die Sache sofort summariter, jedoch gründlich und unter Mitvernehmung Derer, so es Amts- und Pflichtenhalber angeht, vorgängig untersuchen, sodann aber an die Regierung zu Rinteln über das Alles cum protocollo berichten, auch ihr pflichtmäßiges Gutachten mit beifügen, und hierauf von dieser letzteren, nach deren vorgängiger Communication mit der Kriegs- und Domänen-Kammer (nachherigen Finanzkammer) die weitere Verordnung selbst erwarten; gegen welche Verordnung aber keine Appellation oder sonstiges Remedium suspensivum, es sey denn, daß sie, das eine oder andere Theil, ex

---

und Uebergang von einer Religionspartei zur andern nach dem Beitritt der Gemeinde zur Union weiter stattfinden könne."

25) Meierordn. v. 21. Oct. 1774 Art. II §. 8. — Ueber die späteren Modificationen derselben vergl. Verordn. v. 29. Juni 1821; Verf.-Urk. v. 5. Jan. 1831.

capite nullitatis insanabilis zu impugniren gedächte und die Causales bei der Interposition specifice anzeigen würde, zugelassen seyn soll" [26]. — In Ansehung dieser Vorschrift ist erkannt worden: daß „das ordnungswidrig (gegen deren Inhalt) vom Untergerichte eingeleitete processualische Verfahren, wodurch wesentliche, dem Verzichte der Parteien nicht unterworfene, Bestimmungen verletzt seyen, durch die ohne Widerspruch geschehene Einlassung beider Theile in dasselbe, Rechtsbestand zu erlangen nicht vermöge" [27]).

2. Processualische Begründung von Rechten überhaupt.

In Beziehung auf die Sachlegitimation gilt der für die Begründung der Klage, Einrede 2c. überhaupt in Betracht kommende Grundsatz, daß ein Mangel in Ansehung derselben — im Gegensatz zur Proceßlegitimation — nur unter der Voraussetzung einer in dem angefochtenen Erkenntnisse zu findenden Entscheidung gegen ein klares Gesetz oder gegen den klaren Inhalt der Acten eine Nichtigkeit begründet [28]). Im Näheren wurde, abgesehen von bereits erwähnten Beispielen [29]),

a. was die Begründung von Klagen betrifft, unter Anderem, erkannt:

a. daß die Frage: ob die Erfüllung eines Contracts von Seiten eines Contrahenten, als zur Klagbegründung gehörig, vom Richter bei der deshalbigen Prüfung von Amtswegen zu beachten sey? in den Gesetzen nicht klar entschieden und daher eine darauf sich beziehende N.=Beschwerde nicht begründet sey [30]).

b. Rücksichtlich der Grenzberichtigungs=Klage ist so wenig in der einem Erkenntnisse zum Grund gelegten Ansicht, wie solche wesentlich eine Ungewißheit der Grenzen, d. h. den Mangel äußerlich erkennbarer Grenzzeichen, voraussetze und nicht

---

26) Ueber die weitere Ausbildung der Grundsätze hierüber vergl. Pfeiffer's Meierrecht, S. 522 fg.

27) Reese g. Reese [1519] O. A. G. Erk. v. 18/2 1829. Vergl. Pfeiffer, a. a. O., S. 526.

28) Schwebener Bauern (Jahn 2c.) g. Schrimpf [261] 5/10 1846.

29) Vergl. oben S. 322 Not. 18.

30) Müller g. Sandrock [499] 14/10 1846.

schon bei nur behaupteter Unrichtigkeit der vorhandenen sichtbaren Grenzen Platz greife[31]), als in einem andern Falle, wo es sich um Anwendung der speciellen Bestimmung in der l. 4 §. 9 D. fin. reg. (10. 1)[32]) handelte[33]), ein Verstoß wider ein klares Gesetz gefunden worden.

c. In Hessen ist, gesetzlicher Vorschrift zufolge, die Geltendmachung eines dinglichen Rechts im Wege der Klage oder der Einrede durch die specielle Bezeichnung derjenigen Thatsachen bedingt, mittelst welcher der Erwerb des betreffenden dinglichen Rechts erfolgte[34]). In der Anwendung dieser Bestimmung auf den Fall, wo die Geltendmachung eines solchen Rechts, z. B. des Eigenthums des Verklagten an einem Grundstücke, nur die Darlegung der Sachlegitimation betraf, wurde kein dem deutlichen Inhalt jenes Gesetzes entgegenstehendes Erkenntniß gefunden[35]).

d. Auch die Frage: ob eine auf Abbitte gerichtete Injurienklage an sich statthaft sey? oder ob, bei Bejahung derselben, solche, soviel die Absicht zu beleidigen betreffe, als begründet angesehen werden könne? wurde als lediglich der richterlichen Reflexion anheim fallend angenommen[36]).

e. In Beziehung auf die Begründung des Arrestprocesses erfordert man zwar, zufolge der Grundsätze, wie solche durch den Gerichtsgebrauch ausgebildet worden sind, die sofortige Bescheinigung eines Grundes zur Anlegung des Arrests

---

31) Möller g. Schmidt [8590] O. A. G. B. v. 18/10 1845. Vergl. über die Voraussetzungen jener Klage des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VII S. 24 fg.

32) Sie lautet: »Finium regundorum actio et in agris vectigalibus: et inter eos qui usumfructum habent, vel fructuarium, et dominum proprietatis vicini fundi, et inter eos, qui jure pignoris possident, competere potest.«

33) Scheerer g. Ludwig [6782] O. A. G. D. v. 23/4 1842, in Erw.: „daß — die Frage: ob auf den Grund des in Anspruch genommenen gemeinheitlichen Gebrauchsrechts von den hierzu Berechtigten auf Grenzregulirung geklagt werden könne, durch das in Bezug genommene Gesetz (l. 4 §. 9 D. cit. l.) keineswegs als klar und unzweifelhaft entschieden angesehen werden kann."

34) Gesetz v. 20. Dec. 1840 §. 12.

35) Fern g. Schmidt [8600] O. A. G. D. v. 30/12 1842.

36) Joseph g. Liese [367] 24/2 1846.

und der Forderung; auch hier aber gilt der Grundsatz, daß in einem Verstoß wider jene Rechtsnorm, darin also, daß ein Gericht, ohne daß die Forderung des Impetranten bei seinem Arrestantrag bescheinigt worden, den Arrest verfügt und das Verfahren zu dessen Rechtfertigung einleitet, keine Nichtigkeit zu finden stehe [37]).

f. Eben so wenig wird eine bestimmte gesetzliche Vorschrift dadurch übertreten, daß ein Gericht die Behauptung des Klägers, daß gewisse Abgaben, welche er von Grundstücken für den Verklagten entrichtet, auf diesen radicirt seyen, als genügend zur thatsächlichen Begründung der Klagbehauptung erachtet [38]).

b. In Ansehung der Beurtheilung von Einreden liegt eine Gesetzwidrigkeit alsdann vor, wenn einer solchen, wiewohl das Gesetz sie zuläßt, Eingang nicht gestattet wird; wie z. B. in dem Falle, wo hinsichtlich der nach französischem Rechte [39]) alsbald kraft des Gesetzes wirkenden Einrede der Compensation eine nach deren Existenz eingetretene Verjährung angenommen war [40]). Abgesehen von Fällen ähnlicher Art, ist dagegen z. B. in der Nichtberücksichtigung von Einreden, wie der der Compensation [41]), der Verjährung einer Forderung, wenn

---

37) Jütte g. Harth [9316] O. A. G. D. v. 7/5 1844.

38) Es wurde angenommen, daß eine unheilbare Nichtigkeit in dieser Entscheidung nicht gefunden werden könne, Battefeld g. Schäfer [8168] 26/3 1842.

39) Code Napol. art. 1290: »La compensation s'opère de plein droit par la seul force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant ou elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.«

40) Menz g. Lion [8361] O. A. G. D. v. 7/12 1842, in Erw.: „daß — nur insoweit die angefochtenen Entscheidungen als nichtig sich darstellen, als durch dieselben Compensationsansprüche, wegen unterstellter Verjährung, unberücksichtigt geblieben sind, durch welche vor Ablauf der Verjährungsfrist die eingeklagte getilgt worden ist; — indem zufolge der klaren Vorschrift des Art. 1290 des franz. Gesetzbuchs die Compensation schon kraft des Gesetzes ohne Zuthun des Schuldners eintritt und die Schulden wechselseitig in dem Augenblick, wo sie zu gleicher Zeit existiren, erlöschen; — mithin die querulatische Forderung, — welche zu einer Zeit entstanden ist, wo die vom Querulanten geltend gemachten Compensations-Posten — noch nicht verjährt waren, durch diese, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, in dem gleichkommenden Betrage getilgt wird."

41) Fisc. Pr. g. v. Malsburg [8377] 9/7 1842. Hier wurde die N.-Beschwerde darauf gestützt, daß ein rechtlich und factisch compensabeler Anspruch

sie aus den Acten sich ergibt, aber nicht geltend gemacht ist[42]), der Wahrheit wider die behauptete Ehrverletzung[43]), der Retorsion gegen solche[44]) ꝛc. eine Nichtigkeit wegen Verstoßes wider Gesetzesvorschriften nicht angenommen worden.

3. Wider klare[45]) gesetzliche Vorschriften anstoßende Beweisauflagen sind nichtig. Beispiele jener sind unter anderen: die Bestimmung in Hessen, daß „in actione negatoria

---

zur Begründung der Einrede nicht zugelassen sey; in dem Urtheil aber die Verletzung eines klaren Gesetzes nicht gefunden.

42) Menz g. Lion [8361] 7/12 1842.

43) Stange g. Büdesheim [8697] 10/5 1843.

44) l. 6 D. de injur. (47. 10): »— Nec enim prohibendus est privato agere judicio, quod publico judicio praejudicatur: quia ad privatam causam pertinet. Plane si actum sit publico judicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.« In Beziehung auf diese Stelle wurde vom Obergerichte die im Text erwähnte Einrede für ungegründet erklärt, weil der Verklagte nicht geleugnet hatte, daß er wegen der von ihm zur Compensation gebrachten Injurie des Klägers auf dessen Bestrafung bei der Polizei-Commission schon vor Anstellung der Klage angetragen habe, — hiernach aber, bei der nur alternativen Concurrenz des Rechts auf öffentliche Ahndung einer Injurie mit dem Anspruche auf Privatsatisfaction zur Zeit der vorgeschützten Compensations-Einrede, das derselben zum Grunde liegende Recht des Verklagten auf Privatsatisfaction bereits erlassen war und dessen Behauptung, daß schon vor erhobener Anzeige bei der P.-Commission die beiderseitigen Satisfactions-Ansprüche als gegen einander aufgehoben zu betrachten seyen, der Umstand entgegen stehe, daß die rechtliche Wirksamkeit der Compens.-Befugniß erst dann eintrete, wenn sich auf dieselbe von dem darauf Berechtigten berufen werde. Gegen das deshalbige Erkenntniß, wodurch schließlich der Verklagte zur Privatgenugthuung verurtheilt wurde, führte derselbe die N.-Beschwerde ein; das O. A. Gericht wies aber solche als ungegründet zurück: „da weder in den Landesgesetzen, noch in dem gemeinen Rechte, namentlich nicht im röm. Rechte, worauf die ästimatorische Klage wegen erlittener Beleidigung gegründet ist, eine klare gesetzliche Bestimmung sich finde, wonach die Einrede der Retorsion gegen solche dadurch nicht ausgeschlossen seyn solle, daß der Verklagte wegen der ihm widerfahrenen Beleidigung, zufolge der ihm zwischen dem Antrage auf Verhängung einer öffentlichen Strafe und dem Gebrauche jener Klage auf Privatgenugthuung zustehenden Wahl (l. 6 D. de injur.), erstere bereits ausgewirkt habe“, Rau g. Winter [6521] O. A. G. D. v. 26/6 1839.

45) Kranz g. Bachmann [7804] 19/10 1841, in Erw.: „daß keine klare gesetzliche Vorschrift vorhanden ist, gegen welche das Landgericht in seinem, der fraglichen Beweisauflage zum Grunde liegenden Urtheile verstoßen hat, wird die N.-Beschwerde als ungegründet zurückgewiesen.“

nicht derjenige, welcher sich in libertate fundiret, sondern das andere Theil, obschon dasselbe in possessione vel quasi begriffen wäre, die prätendirte Servitut darzuthun und zu beweisen schuldig ist" [46]). Indessen wurde doch in einem Falle, wo dem Kläger der Beweis auferlegt worden war, deshalb keine materielle Nichtigkeit dadurch für begründet erachtet, weil derselbe die Servitut eingeräumt, und zugleich eine Beschränkung derselben behauptet hatte; indem man annahm, daß hiernach die Prüfung nur Sache des richterlichen Urtheils sey, woraus jene Wirkung nicht abzuleiten stehe [47]); — eben so wurde in dem Fall entschieden, wo in gesetzwidriger Weise, statt dem Verklagten den Beweis einer Einrede aufzuerlegen, vielmehr von dem klagenden Theil die Nachweisung des Gegentheils erfordert war [48]). Erscheint die Beweisauflage, welche das

---

46) Regier.-Ausschr. v. 1. Febr. 1749 §. 6.

47) v. Keudell g. Gem. Schwebda, O. A. G. D. v. 1823.

48) Ein Beispiel enthält der Fall, wo in einer Gesindestreitigkeit von einem Gerichte, statt die Einrede der Unfolgsamkeit des Dienstboten zum Beweis auszusetzen, dem letzteren vielmehr deren Unrichtigkeit darzuthun aufgegeben war. Das O. A. Gericht reformirte deshalb, in Erw.: „daß, bei der durch den nicht bestrittenen Dienstcontract begründeten Klage der Querulantin, die von der Querulatin in Anspruch genommene Befugniß, das Dienstverhältniß mit jener aufzulösen, unzweifelhaft als Einrede sich darstellt, der Beweis der einer Einrede zum Grunde liegenden Thatsachen aber nach gesetzlicher Vorschrift, abgesehen von bestimmten Ausnahmen, dem Behauptenden obliegt; — insbesondere auch aus der in dem §. 3 der Gesindeordn. v. 15. May 1797 den Dienstherrschaften auferlegten Verpflichtung zur Ausstellung von Zeugnissen über die Aufführung des Gesindes und der im Allgemeinen für die Wahrheit solcher Zeugnisse bei deshalbigen Beschwerden sprechenden Vermuthung in keiner Weise ein Grund hergeleitet zu werden vermag, da, wo von der Geltendmachung einer, von besonderen factischen Voraussetzungen abhängenden privatrechtlichen Befugniß der Dienstherrschaft die Rede ist, von jenen gesetzlichen Regeln über die Beweislast abzuweichen und das vor Ablauf der Miethzeit einseitig entlassene Gesinde bei der deshalbigen Klage zur Nachweisung der Unrichtigkeit der einer Einrede der Dienstherrschaft zum Grunde liegenden Angaben zu verpflichten; — der deshalbige Ausspruch in dem angefochtenen Erkenntnisse mithin als gesetzwidrig sich darstellt; vielmehr den Verhandlungen gemäß der Querulatin der Beweis ihrer an sich erheblichen Einrede aufzulegen ist, — wird auf die — Nichtigkeits-Beschwerde, mit Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses —, erkannt: daß der Querulatin der Beweis der von ihr behaupteten Unfolgsamkeit der Querulantin

Gericht erfordert hat, z. B. zur Verurtheilung des Querulaten nach der Klagbitte, nicht nöthig, so ist, wenn sie doch erfolgte, allerdings auf etwas Ueberflüssiges erkannt, ein Verstoß gegen klare gesetzliche Bestimmung aber darin nicht zu finden [49]).

4. In Ansehung der Beweisführung, insonderheit der einzelnen Beweismittel, kommen beispielsweise in Betracht

a. die Zeugen. Ist nämlich, was α. deren Fähigkeit betrifft, solche gegen das Gesetz angenommen, sind etwa Eltern oder Kinder gegen einander als solche zugelassen worden [50]), so liegt alsdann eine Nichtigkeit vor [51]); — wohingegen, wenn ein solches Gesetz fehlt, hiervon nicht die Rede seyn kann, z. B. in dem Fall, wo es sich fragt: ob ein Ausschußmitglied in einer Gemeindesache als vollgiltiger Zeuge gelten könne [52])? Es beruht sodann auf gesetzlicher Vorschrift, daß ein Zeugenbeweis nur dann als vollständig geführt zu erachten ist, wenn wenigstens zwei Zeugen übereinstimmend den zu erweisenden Thatumstand bekundet haben [53]) und ein Verstoß wider jene Vorschriften würde daher die Nichtigkeit der Entscheidung zur Folge haben müssen [54]). Im Uebrigen fällt dagegen, wie früher erwähnt, der Beurtheilung des Richters anheim, ob der Beweis durch die Aussagen der abgehörten Zeugen vollständig, oder bis zur Nachlassung eines nothwendigen Eides erbracht worden sey und ein solcher Ausspruch verstößt daher weder gegen ein Gesetz noch wider die Acten [55]). β. In Beziehung auf eine Vernehmung

---

aufzugeben und sodann weiter in der Sache w. R. zu erkennen sey", Alexander g. Habich [8358] O. A. G. D. v. 6/9 1842.

49) Jost g. Henning [1287] 5/1 1848.

50) l. 6 C. de test. (4. 20): »Parentes et liberi invicem adversus se, nec volentes, ad testimonium admittendi sunt.«

51) v. Schellersheim g. Lecco, O. A. G. D. v. 9/5 1827. Vergl. des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VII S. 665.

52) Siemon g. Gem. Singlis [8390] 24/9 1842.

53) l. 9 §. 1 C. de test. (4. 20); l. 20 in f. D. de quaest. (48. 18); c. 23 X. de test. (2. 20).

54) Dieß wurde angenommen in S.: Albrecht g. A., O. A. G. D. v. 27/1 1827; abweichend wurde jedoch erkannt in S. Schminke g. Fisc. Pr. [3724] 1836, weil die Gesetze nicht bestimmt obigen Satz entschieden.

55) Heinemann g. Naumann [9804] 28/1 1845; Kunzemann g. Pf. Hebel [9137] 24/12 1843.

weiterer Zeugen über dieselben Artikel (Thatumstände) besteht sodann ein absolutes gesetzliches Verbot für den Fall, daß der Zeugenrotel (die Aussagen) bereits eröffnet worden ist [56]). Inzwischen kann doch eine solche Abhörung in Beziehung auf neu aufgefundene Zeugen im Wege der Restitution verlangt werden, mit der Beschränkung jedoch, daß dieß Rechtsmittel wider ein rechtskräftiges Erkenntniß alsdann unzulässig ist, wenn vorher appellirt und der Rest.-Grund in der Beschwerdenschrift oder in der appellatischen Vernehmlassung nicht geltend gemacht worden war [57]). Diese Beschränkung ergibt sonach, in wieweit die Folge einer Nichtbeachtung jenes gemeinrechtlichen Verbots sich erstreckt.

b. Hinsichtlich des Urkundenbeweises muß von gleichen Grundsätzen ausgegangen werden und daher hat man z. B. die Frage, ob in der Annahme der Beweiskraft eines Schuldscheins, nach Maaßgabe einer deshalbigen Bestimmung des französischen Rechtes [58]), eine Nichtigkeit zu finden sey? in einem vorgelegenen Fall verneint [59]).

c. Was den Beweis durch den Eid anlangt, so ist hier in verschiedenen Beziehungen der Zweifel, ob solcher in gesetzwidriger Weise zugelassen sey, erörtert worden.

a. Rücksichtlich des intensiven Gehalts des Eides, der Frage also namentlich: ob derselbe der Wahrheit oder dem Glauben nach habe auferlegt werden müssen? gilt zwar der Grundsatz, daß bei fremden Thatsachen der Eid in jener Richtung unzulässig sey. Indessen beruht doch diese Annahme auf nicht durchaus unbestrittener gesetzlicher Vorschrift [60]) und man

---

56) cl. 2 de test. (2. 8). Das Gesetz v. 16. Sept. 1834 und das vom 2. Juli 1843 stehet deren fortdauernden Anwendung nicht entgegen, Zeitschrift für Recht ꝛc. in Kurhessen Heft 1 Seite 172 a. E. Von den zahlreichen Erkenntnissen des Ober-Appellations-Gerichts wird sich nur bezogen auf die in S. Kranz g. Süß [387] 15/1 1848; Kersting g. Wiethase [832] 13/5 1848; Isenburg-B. g. Gem. Wittgenborn [718] 1848; Gem. Niederwalgern g. Böd [1359] 1849 ergangenen.

57) Gesetz v. 2. Juli 1843 §. 5. — Kranz g. Süß [787] 15/1 1848.

58) Code Napol. Art. 1326.

59) Schmidt g. Wehner [9651] O. A. G. D. v. 14/12 1844.

60) l. 3 §. 3; l. 34 pr. D. de jurejur. (12. 2); l. 11 §. 2 D. rerum

hat denn auch in Hessen die Nichtigkeits-Beschwerde wider die Auflage des Wahrheits-Eides über fremde Thatsachen für unbegründet [61]) und die Frage: ob in einem einzelnen Falle der Glaubenseid oder nur der Eid über das Nichtwissen zu leisten sey, für eine solche anerkannt, deren Beantwortung auf richterlicher Beurtheilung factischer Umstände beruhe [62]).

b. Was die Eidesdelation und Nothheide anlangt, so ist „zur Abschneidung derselben in dem Falle, wo entweder aus einem schriftlich verfaßten, oder wohl gar gerichtlich confirmirten Contract geklagt wird und Jemand über ein oder andere angebliche mündliche Verabredungen, welche billig dem Contract hätten einverleibt werden sollen, den Eid deferiren wollte", bestimmt, daß „derselbe damit keineswegs zu hören, sondern auf den vorliegenden schriftlichen Contracts schlechterdings was Rechtens zu erkennen sey" [63]). Zwar ist nun zufolge usueller Auslegung dieser Vorschrift angenommen, daß solche nicht blos bei schriftlich verfaßten Contracten, sondern auch in Beziehung auf schriftlich ertheilte Versprechen alsdann Anwendung finde, wenn die Nebenverabredung bei Ausstellung oder Uebergabe der Urkunde getroffen wäre; zugleich aber ist doch die Entscheidung darüber, ob eine Nebenverabredung von der Art sey, daß sie billig dem Contract hätte einverleibt werden sollen? für eine solche anerkannt worden, welche nicht Gegenstand einer Nichtigkeits-Beschwerde seyn könne [64]).

c. In Ansehung der nothwendigen Eide kam ebenwohl die zuletzt erwähnte Bestimmung in Betracht, in Beziehung auf die Frage nämlich: ob und in wieweit über eine solche Nebenverabredung, ungeachtet sie in das gerichtliche Protocoll nicht aufgenommen worden, Zeugenbeweis habe zugelassen und ein Reinigungseid in Folge desselben habe auferlegt

---

amot. (25. 2); l. 11 §. 3 eod.; II F. 58. Vergl. darüber die Zeitschr. für Recht ꝛc. in Kurhess. H. II S. 257 Not. 22.

61) Elias g. Iffert, O. A. G. Decr. v. 1833.

62) Zeitschr. für Kurhess. a. a. O.

63) Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 7.

64) Körber g. Bernhard [6660] O. A. G. D. v. 1824. Vergl. im Näheren des Verf.'s N. Samml. Th. VII S. 221 Not. 68.

werden können? Es werde angenommen, daß diese Frage weder das Wesen des Processes berühre, noch deren bejahende Beantwortung klaren Gesetzen widerspreche, namentlich das mehrgedachte Gesetz keine klare Vorschrift darüber enthalte, daß ein Zeugenbeweis über Nebenverabredungen der bezeichneten Art nicht zulässig und ein nothwendiger Eid in dieser Beziehung ausgeschlossen seyn solle [65]).

d. Eben so wurde auch dem Zuwiderhandeln gegen die für geringfügige Streitsachen ergangene Vorschrift, daß alle Eidesleistung möglichst verhütet und dazu nicht anders als in höchster Noth und mit möglichster Vorsicht geschritten werden soll rc., die Folge der Richtigkeit nicht gegeben [66]).

e. Rücksichtlich der unvordenklichen Verjährung besteht zwar der Gerichtsgebrauch, wonach die Eideszuschiebung unzulässig ist [67]). Als aber die Frage entstand: ob ein Verstoß wider diese Norm Nichtigkeit zur Folge habe? wurde dieselbe verneint, „da der Gerichtsgebrauch einem geschriebenen Gesetze nicht dergestalt gleich geachtet werden könne" rc. [68])

f. In Betreff der Eidespflicht entstand der Zweifel: ob, wenn ein Delat wegen früher begangenen Meineids zur Ausschwörung des ihm zugeschobenen Eids nicht zuzulassen sey, eine Curatel zur Vornahme dieses Actes statthafterweise angeordnet werden könne? Man bezog sich bei dem Mittelgerichte für die Bejahung auf eine gesetzliche Vorschrift [69]), nach welcher „wofern einer gegen Unmündige, oder andere, welche ihre Sachen nicht selbst in Recht vertreten können, zu klagen, oder sonst in Recht zu handeln hätte, dieselbige aber mit keinen Vormündern oder Curatoren ad litem, wie recht, versehen, desjenigen Anwald, der gegen dieselbige klagen, oder im Recht handeln will, zuforderst auf die in Recht vorgeschriebene Weg, damit dem andern Theil Tutoren oder Curatoren ad litem zugeordnet werden,

---

65) Gundlach g. Hildebrand [1090] 13/11 1847. Vergl.: des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 223 Not. 72; dessen Gerichtseid Th. III S. 227 Not. 90.

66) Rabe g. Lohr [7671] 5/3 1842.

67) Pfeiffer, pr. Ausf. B. II S. 62.

68) Kaiser g. Wrisberg [7467] 16/12 1840. Annal. Th. I S. 782.

69) Sammt-Hofger.-Ordn. v. 5. May 1673 Tit. VI §. 7.

sehen und ehe dann solches geschehn, sich des procedirens in contumaciam enthalten soll" [70]). In höchster Instanz wurde aber diese obergerichtliche Entscheidung als nichtig aufgehoben [71]).

g. Soviel endlich die **Eidesleistung** selbst angeht, ist für Hessen vorgeschrieben, daß „— keiner von den Bürgern, Bauern und dergleichen — in propria causa einen Eyd — vor Gericht ablegen soll, wo er nicht vorhero von seinem Prediger und Seelsorger, was solcher Eid auff sich habe, wohl unterrichtet und de vitando perjurio treulich gewarnt, auch, wie dieses geschehen, ein Attestat vom Prediger ad protocollum produciret seyn würde" [72]). Wenn nun auch auf die Uebertretung dieser Vorschrift die Nichtigkeit als Strafe nicht angedroht worden ist, so ist doch letztere gleichwohl zu vollziehen, weil jene das innerste Wesen des Eides berührende Bestimmung offenbar wirkungslos werden würde, wenn sie beobachtet **und** unterlassen werden könnte. Wird daher der Eid, ohne daß zuvor jener Schein beigebracht wäre, abgenommen, so ist die Eidesablage und das darauf gegründete Erkenntniß nichtig [73]).

---

70) Die Gründe für jene Ansicht waren: „Die vorliegend in Anwendung gebrachte Cura litis, wie solche in der im Text gedachten Gesetzstelle erwähnt worden, stelle sich als eine für die Person des zu Vertretenden angeordnete Curatel dar, zu deren Uebernahme nach Analogie der für die Curatel über Verschwender und Geisteskranke geltenden Rechtsgrundsätze allerdings ein gerichtlicher Zwang gerechtfertigt erscheine."

71) in Erw.: „daß die Anordnung einer Special-Curatel für einen Fall der vorliegenden Art überhaupt in den Gesetzen keine Begründung findet; — indem insbesondere weder nach der Vorschrift im Tit. VI §. 7 der Sammt-Hofg.-Ordn., noch sonst die Bestellung eines Special-Curators für die Vornahme einer einzelnen Handlung im Proceß als gerechtfertigt erscheint; — hiernach aber auch eine Nöthigung des Querulanten zur Uebernahme der ihm durch die Amtsverfügung vom — angesonnenen Curatel für unzulässig zu halten, — die hiergegen so wie gegen die weiteren zu deren Vollziehung erlassenen unterrichterlichen Strafmandate erhobene Beschwerde daher vom Obergerichte mit Unrecht zurückgewiesen ist, — wird, unter Aufhebung ꝛc., verordnet, daß der Querulant zur Uebernahme der fraglichen Curatel nicht zu nöthigen sey", Muth z. S. M. g. Kranz [5625] O. A. G. D. v. 12/11 1859, abgedr. in den **Annal.** Th. VII S. 710.

72) **Unterger.-Ordn.** v. 9. April 1732 Art. IV §. 13.

73) v. Baumbach g. Klappert [2737] O. A. G. B. v. 5/9 1835. Vergl. des **Verf.'s** Gerichtseid Th. II S. 404 Not. 63.

Rücksichtlich schriftsässiger Schwurpflichtiger ist es jedoch in das Ermessen des Gerichts gestellt, auch von ihnen die Beibringung eines solchen Scheins zu erfordern [74]) und kann daher hier von jener Folge des deshalbigen Mangels die Rede nicht seyn.

5. In Ansehung des Erkenntnisses ist unter Anderem gesetzlich vorgeschrieben: a. daß, worauf bereits früher (S. 292) hingedeutet wurde, der Richter das von ihm ertheilte Erkenntniß nicht wieder abändern darf [75]) und ein Verstoß hiergegen hat daher Nichtigkeit zur Folge [76]). b. In Hessen besteht die Vorschrift, daß „auf den Grund eines instructionswidrigen Benehmens des Anwalts, so wie der Entdeckung neuer Zeugen, wenn bereits ein „rechtskräftiges" Erkenntniß vorliegt, alsdann das Rechtsmittel der Restitution nicht zu gestatten ist, wenn vorher appellirt und der Rest.-Grund in der Beschwerdenschrift oder in der appellatischen Vernehmlassung nicht geltend gemacht worden ist, sollte auch dieser Rest.-Grund erst später entdeckt worden seyn" [77]). Es entstand hier der Zweifel darüber, was unter einem solchen rechtskräftigen Erkenntnisse zu verstehen sey? ob ein solches, welches bereits die Rechtskraft beschritten habe? oder ein solches, das der letzteren nur fähig

---

74) Gesetz v. 29. Oct. 1848 §. 40.

75) l. 42 D. de re jud. (42. 1): »Paulus respondit, rescindere quidem sententiam suam praecedentem praetorem non posse: reliqua autem, quae ad consequentiam quidem jam statutorum pertinent, priori tamen sententiae desunt, circa condemnandum reum, vel absolvendum debere supplere, scilicet eodem die«; l. 55 D. eod.: »Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit; et hoc jure utimur, ut judex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est«, l. 62 D. eod.: »Cum quaerebatur, judex si perperam judicasset, an posset eodem die iterum judicare? Respondit, non posse«; l. 1 pr. D. quae sent. sin. app. (49. 1): »Illud meminerimus: Si quaeratur, judicatum sit, nec ne, et hujus quaestionis judex non esse judicatum pronunciaverit, licet fuerit judicatum: rescinditur, si provocatum non fuerit«; l. 1 C. sent. resc. non posse (7. 50): »Neque suam, neque decessoris sui sententiam quenquam posse retractare, in dubium non venit: nec necesse esse ab hujusmodi decreto interponere provocationem, explorati juris est.«

76) Hebeler g. Schäfer [1066] O. A. G. D. v. 16/6 1849.

77) Gesetz v. 2. Juli 1843 §. 5.

sey? An und für sich konnte die Vorschrift zur Lösung des Bedenkens nicht führen; man gelangte aber zur Bejahung der letzten Alternative und selbst zur Annahme einer Nichtigkeit der gegentheiligen, vom Gerichte v. Instanz gezogenen, Folgerung, indem man, unter Heranziehung anderer Stellen desselben und eines mit demselben in genauer Verbindung stehenden früheren, gleichfalls auf den Proceß, insonderheit die Appellabilität der Erkenntnisse und das Rechtsmittel der Restitution sich beziehenden Gesetzes, zurückging und interpretative Momente daraus entlehnte [78]).

---

78) Schröder g. Schäfer [1773] O. A. G. B. v. 10/3 1849, in Erw.: „daß — diese Bestimmung (des §. 5 cit.) auch auf den vorliegenden Fall Anwendung leidet, da ein, einen Haupteid auflegendes Erkenntniß höchster Instanz einem rechtskräftigen Erkenntnisse gleichsteht"; Bachmann g. Hartung [1706] O. A. G. B. v. 4/3 1848, in Erw.: „daß im §. 2 des Ges. v. 2. Juli 1843 ausdrücklich auf den §. 34 des Ges. v. 16. Sept. 1834 Bezug genommen wird, wonach den endlichen Erkenntnissen diejenigen Vorerkenntnisse, welche die Ableistung eines Haupteids auflegen, dergestalt gleichstehen, daß gegen letztere eben so wie gegen erstere die ordentliche Appellation stattfindet, jene daher gleich diesen der Rechtskraft fähig sind; — auch der §. 3 des erstgedachten Gesetzes eines endlichen oder diesen gleichstehenden Erkenntnisses erwähnt, was sich ebenfalls nur auf den §. 34 des Ges. v. 16. Sept. 1834 beziehen kann, — und indem im ersten Absatz des §. 5 jenes Gesetzes von dem Rechtsmittel der Restitution gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß geredet wird, darunter nothwendig jedes, der Rechtskraft fähige, mithin ein endliches oder diesem, nach dem mehrgedachten §. 34, gleichstehendes Erkenntniß zu verstehen ist; — daß nun im zweiten Absatze des §. 5 die Worte „des Erkenntnisses" auf jedes bezogen werden müssen, welches die im ersten Absatze erwähnte Eigenschaft eines rechtskräftigen Erkenntnisses hat und also nach den Bestimmungen der §§. 2 und 3 entweder ein endliches oder ein nach dem alleg. §. 34 diesem gleichstehendes, nämlich ein die Ausschwörung eines Haupteids auflegendes, ist; — daß hiernach ein Mangel der Klarheit in Bestimmung des zweiten Absatzes des §. 5 hinsichtlich der vom Gesetz unterstellten Eigenschaft des daselbst erwähnten Erkenntnisses nicht vorliegt; — demnach aber im vorliegenden Fall, wo durch den Bescheid des Justizamts — die Ableistung eines Haupteids auferlegt worden ist und die sechsmonatliche Frist für die Geltendmachung des Rechtsmittels der Restitution auf den Grund der Entdeckung neuer Zeugen ein für allemal nur vom Tage der Behändigung des Erkenntnisses vom 2/7 1845 zu berechnen war, das Justizamt gegen klares Gesetz erkannt hat, wenn es das erst am 6/6 1846 eingereichte Rest.-Gesuch der Querulatin noch berücksichtigte und nicht vielmehr als verspätet zurückwies." Eben so wurde auch später vom O. A. Gericht erkannt,

6. Rücksichtlich des Executions-Verfahrens und außergerichtlicher Pfändungen ist, abgesehen von dem später [79]) im Näheren Anzuführenden, zu bemerken und zwar

α. in Betreff der von den Gerichten auf Veranlassung einer Verwaltungsbehörde beizutreibenden Abgaben, der Vorschrift zu gedenken, wonach: „die Beitreibung der von einer Regierung oder andern oberen Verwaltungsbehörde zur Erhebung für richtig erklärten, ständigen oder unständigen Abgaben an Städte, Gemeinden und öffentliche Anstalten durch die Bestreitung der Verbindlichkeit überhaupt, oder der Größe des Gesetzes, selbst während der Dauer eines etwa deshalb eingeleiteten Rechtsstreits, nicht aufgehalten werden soll" [80]). Da hiernach selbst ein Rechtsstreit über die Verpflichtung zu der fraglichen Abgabe die Beitreibung derselben nicht hemmen darf, so wird dabei offenbar vorausgesetzt, daß die Beitreibung nicht nothwendig eine in Folge eines Rechtsstreits durch ein Urtheil schon geschehene gerichtliche Feststellung erfordere, es vielmehr jenen obern Verwaltungsbehörden zukomme, dergleichen Leistungen für zur Erhebung geeignete zu erklären. Daher ist es denn auch ein geltender Rechtssatz, daß nach jener Vorschrift ein Gericht die Execution einer Gemeindeabgabe, welche von der Regierung für richtig und zur Erhebung geeignet erklärt worden ist, nicht verweigern kann, durch eine solche Weigerung vielmehr, weil sie gegen ein klares Gesetz verstößt, eine Nichtigkeit begeht, wobei es auch auf den Grund, aus welchem die Richtigkeit der Abgabe bestritten wurde, nicht ankommt [81]).

β. Was die Objecte der Execution betrifft, so ist in der Annahme des Gerichts, daß z. B. Auszugspräſtanden der letzteren unterworfen seyen, eben so wenig [82]), als in der, daß das

---

z. B. in S. Cassel. Militärvertr.-Anstalt g. Breul [346] O. A. G. B. v. 15/9 1848.

79) in dem Kap. XXIV.

80) St.-Minist.-Ausschr. v. 22. Oct. 1823.

81) Schmidt g. Gem. Eichenau [49] 1827 (vollständig in Pfeifer's pr. Ausf. B. III S. 573). Vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. III S. 175.

82) Richard g. Höxter [6289] 18/1 1840. Damit wurde entschieden: daß die Annahme eines Gerichts, wie dergleichen Objecte nicht zu den der Hilfsvoll-

Pferd eines Müllers nicht als zu den unpfandbaren Handwerks- und Ackerbau-Geräthschaften zu rechnen stehe [83]), oder daß das Verbot der Pfändung des Handwerkszeugs nur in Ansehung derjenigen Handwerker Anwendung finde, welche das Handwerk als Meister betreiben [84]), oder daß in das Besoldungsviertel eines Officiers Immission zulässig sey [85]) ꝛc. eine Nichtigkeit für begründet erachtet worden.

γ. Nach hessischem Rechte haben die Rentmeister die Beitreibung aller zur Erhebung ihnen überwiesenen und zurück-

---

streckung entzogenen Gegenständen gehörten, wiewohl sie nicht unbedingt richtig sey, doch weder ein klares Gesetz, noch wesentliche Proceßvorschriften verletze und daher keinen Stoff zur N.-Beschwerde abgebe. — Es kann der Zweifel entstehen: ob nicht, da nach der U. G. Ordn. v. 1732 Art. VI §. 8 dem Schuldner sein Handwerkszeug resp. Ackergeräthschaften bei der Hilfsvollstreckung gelassen werden müssen, zufolge der daraus hervorgehenden Absicht des Gesetzgebers, den Schuldner durch den Gebrauch dieser Gegenstände zur Erhaltung seines Lebens in den Stand zu setzen, auch dem Auszugsberechtigten, der z. B. wegen Altersschwäche, oder Mangels an Geschick durch der Hände Arbeit sich nicht ernähren kann, zu diesem Zweck der Auszug gelassen werden müsse? Selbst vom Standpunct der Appellation wurde aber, in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung darüber, daß der bäuerliche Auszug im Allgemeinen zu den der Hilfsvollstreckung entzogenen Gegenständen zu rechnen sey, und deshalb, weil die letztere in alle, gesetzlich nicht ausgenommene, Vermögensstücke eines Schuldners erfolgen könne, die Frage verneint. Der Rechtsfall ist mitgetheilt in Pfeiffer's pr. Ausf. B. IV S. 246 (Nr. 42).

83) Schöpfenburg g. Koppel, O. A. G. D. v. 9/11 1833.

84) Sangmeister g. Justizamt zu Sontra, v. 18/6 1834.

85) Wegen einer schon im J. 1822 erkannten gerichtlichen Immission in das Gehaltsviertel stellt der verklagte Officier zur Begründung seines Antrags auf Aufhebung jener vor, daß es nach der Verordn. v. 24. Aug. 1790 (Samml. d. L. O. VII. 419) in Ansehung der Subaltern-Officiere beim bisherigen Verbote alles Borgens belassen, mithin gegen solche, so lange sie in Militärdiensten oder Pension ständen, wegen keines Postens, wobei Credit gegeben worden, eine Klage angenommen, sondern der Kläger damit abgewiesen werden, — und weiter, daß nach dem Minist.-Ausschr. v. 2. Febr. 1825 keine Einweisung in den Gehalt eines Subaltern-Officiers wegen vor dem Eintritt in den Militärdienst gemachter Schulden stattfinden solle. Das Obergericht weist aber den Antrag zurück, weil aus jener Verordnung ein besonderer Grund gegen die Zulässigkeit der Einweisung in das Gehaltsviertel nicht zu entnehmen sey, und das M.-Ausschreiben keine rückwirkende Kraft auf die schon im J. 1822 erkannte Immission äußern könne. Das O. A. Gericht verwirft auch die dahin gerichtete N.-Beschwerde als unbegründet. Vergl. Pfeiffers pr. Ausf. B. VIII S. 519.

bleibenden Gelder und Naturalien nach den bestehenden Gesetzen vornehmen zu lassen und brauchen in dieser Hinsicht erst dann die Hülfe der Justiz zu requiriren, wenn die Pfändungen fruchtlos geblieben sind und zum Verkauf eines Grundstücks geschritten werden soll [86]). Es entstand die Frage: ob hiernach der Rentmeister berechtigt sey, auch bei Dritten befindliche Sachen eines Schuldners pfänden zu lassen? Sie wurde verneint und auch die in dritter Instanz deshalb eingeführte Nichtigkeits-Beschwerde für unbegründet erklärt [87]).

δ. Die zur Beaufsichtigung und Begehung der Forste rc. bestellten Diener sollen von den, auf der That oder unmittelbar nach derselben betretenen, Frevlern die bei der Verübung des Vergehens gebrauchten Werkzeuge, z. B. Sägen, Aexte, Rechen rc. als Pfand — sich ausliefern lassen. — Eben so soll den Holz- rc. Frevlern das Entwendete zum Besten des Eigenthümers wieder abgenommen werden" [88]). In Beziehung auf den Fall nun, wo ein Köhler Holz gefrevelt, der Eigenthümer des Waldes aber später ein gewisses Maaß Holz-Kohlen, welche der Frevler angefertigt, hatte pfänden lassen, — entstand die Frage: ob bei stattgehabter Specification der gepfändete Gegenstand (Kohlen) dem im Gesetze bezeichneten (Holz) gleich zu stellen sey? Gegen die Annahme der Gerichte der früheren Instanzen wurde die Frage in der letzten verneint und in jener ein Verstoß wider das Gesetz und daher eine Nichtigkeit gefunden [89]).

---

86) Verordn. v. 29. Juni 1821 §. 116. Aehnliches bestimmte schon die Verordn. v. 3. Nov. 1803 §. 12.

87) Maier g. Ney [8829] 17/6 1843.

88) Forst-Straf-Ordnung v. 30. Dec. 1822 §. 3.

89) Der Fall war dieser: Ein Waldeigenthümer, v. M., welcher angeblich häufige Frevel erlitten hat, läßt dem L. 26½ Maaß Holzkohlen, welche derselbe als Köhler aufgehäuft hat, abnehmen und wegfahren und behauptet, als derselbe dawider die Spolienklage erhebt und um Zurückgabe der Kohlen bittet, sein Recht zu dieser Handlung, indem er geltend macht, daß Kläger in seinen Waldungen zwei Bäume gefrevelt und mit verkohlt habe, er daher nur um sich wegen des Schadens und Werths sicher zu stellen, seines Pfändungsrechts sich bedient habe. Das Untergericht weist zwar die Klage, und das Obergericht die darauf eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde zurück; das O. A. Gericht aber hebt, auf die Fort-

Kapitel XXI.

7. Verstoß wider ein rechtskräftiges Urtheil.

I. Einleitung.

§. 64.

In den älteren deutschen Volksrechten schon findet sich der Grundsatz des römischen Rechts ausgedrückt, daß ein nicht an=

---

setzung der letzteren dahin, die Erkenntnisse der früheren Instanzen auf, und verurtheilt den Verklagten, in Erw.: „daß, wenn auch die durch den §. 3 der Verordn. v. 30/12 1822 den darin bezeichneten Dienern ertheilte Befugniß, den Holzfrevlern das entwendete Holz abzunehmen, auf die aus letzterem gebrannten Kohlen ausgedehnt werden könnte und weiter zu unterstellen wäre, daß die Wegnahme der fraglichen Kohlen durch einen der erwähnten Diener geschehen sey; — doch jedenfalls der in dem angefochtenen Amtsbescheide gegebenen Anwendung des cit. §. 3 entweder 1. eine actenwidrige Voraussetzung, oder 2. eine Verletzung dieser klaren, gesetzlichen Vorschrift zum Grunde liegt; — indem zu 1. wenn vorausgesetzt werden sollte, daß die weggenommenen Kohlen von dem, vom Querulanten angeblich gefrevelten Holze herrühren, diese Unterstellung einer actenmäßigen Grundlage entbehren würde, da einerseits Querulat solches gar nicht behauptet hat, andererseits aber das in den Entscheidungsgründen des Amtsbescheids in Bezug genommene, außergerichtliche, Geständniß des Querulanten, auch wenn man dasselbe als erwiesen ansehen wollte, nach den Aussagen der darüber in dem apponirten Unters.=Protocolle abgehörten Zeugen, den vorgedachten Punct überall nicht zum Gegenstande hatte; — überdieß aus der Anzeige des Försters ꝛc. hervorgeht, daß nicht gerade die von den angeblich entwendeten Büchenstangen gewonnenen, sondern überhaupt soviel Kohlen weggenommen wurden, wie man zur Deckung der Strafe, des Schadens und Werthes in Ansehung der angeblichen Entwendung für erforderlich hielt; — zu 2. in letzterer Beziehung aber, wenn nämlich ohne jene actenwidrige Voraussetzung auf den Grund des cit. §. 3 angenommen worden wäre, daß auch die Wegnahme anderer Gegenstände, als der entwendeten und der bei Verübung des Vergehens gebrauchten Werkzeuge, gerechtfertigt wäre, solches eine Verletzung der gedachten klaren Vorschrift enthalten würde, indem darin diese Befugniß ausdrücklich auf die vorgedachten Gegenstände beschränkt worden ist; — daß demnach die Seitens des Querulaten geständigermaßen geschehene Wegnahme der fraglichen 26½ Maaß Kohlen als eine unerlaubte Selbsthülfe, mithin die erhobene Spolienklage nicht nur als rechtlich begründet, sondern auch als ihrem factischen Inhalte nach eingestanden erscheint, sonach der Klagbitte gemäß zu erkennen war; — solchergestalt aber der angefochtene Amtsbescheid und folgeweise auch die die Nichtigkeitsbeschwerde zurückweisenden O. G.=Erkenntnisse als nichtig sich darstellen", Luttropp g. v. d. Malsburg [3550] O. A. G. D. v. 24/6 1836.

gefochtenes Urtheil nicht zurückgezogen, wider dessen Inhalt Seitens einer der Parteien eine neue Klage nicht erhoben werden könne [90]). Ergab sich, wenn dieß gleichwohl geschah, bei Erörterung eines deshalbigen Zweifels, ob bereits res judicata vorliege? dessen Bejahung, so erfolgte Bestrafung [91]). In Beziehung auf die heutigestages in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze des gemeinen Rechts (vergl. S. 50 fg.) ist zum Zwecke der Einleitung in die nachfolgenden Mittheilungen aus der Praxis weiter kürzlich Folgendes zu bemerken.

Wenn zunächst hier von der res judicata (Rechtskraft) die Rede ist, so wird damit nach dem Sprachgebrauche des canonischen [92]) Rechts und der späteren Doctrin [93]) nicht blos der durch rechtskräftiges Urtheil entschiedene Rechtsstreit, sondern auch jenes Urtheil selbst, welches den Rechtsstreit definitiv erledigt, bezeichnet. Dieses ist nun formell rechtskräftig, wenn es unanfechtbar [94]) — d. h. durch ordentliche Rechtsmittel [95]) nicht mehr anzugreifen, der Rechtsstreit in der letzten Instanz entschieden ist, oder sonst ein Verzicht der betreffenden Partei anzunehmen steht, insbesondere die Appellations-Fatalien versäumt sind [96]); — wohingegen von dessen materieller Rechts-

---

90) Capitul. lib. VII §. 351: »Flagitari judicium non debet de causa, quae definita vel judicata est.«

91) l. Alam. lit. 94 (Walter corp. jur. germ. T. I p. 229): »Si quis aliquem post finitam caussam et emendatam mallare voluerit, post testes tractos et emendationem datam, si hoc praesumpserit tentare, et iste se non potest per sacramenta vel per testes defensare, tunc per pugnam duorum se defendat. Et post haec ille temptator cum 40 solidis componat.«

92) c. 13. 15 X. de sentent. (2. 27). Nach röm. Rechte wird darunter der abgeurtheilte Rechtsstreit überhaupt, auch vor dem Eintritt desselben in die formelle Rechtskraft, verstanden, l. 7 pr., l. 11 D. de transact. (2. 15).

93) Bayer a. a. O. S. 429 fg.; Wetzell a. a. O. §. 51 Note 43.

94) cf. l. 23 §. 1 in f. J. de cond. indeb. (12. 6): »— sententia indubitata, quae nullo remedio ademptari potest«.

95) Vgl. darüber Linde, Handb. Th. IV §§. 1—3; Bayer, Vortr. §. 304, 305. Danach werden unter solchen Rechtsmitteln die binnen einer Nothfrist zu interponirenden verstanden.

96) Ueber den ausdrücklichen und stillschweigenden Verzicht auf den Gebrauch der ordentlichen Rechtsmittel vergl.: l. 1 §. 3 D. a quib. appell. (49. 2), l.

kraft alsdann geredet wird, wenn es sich vom Einfluß des Urtheils auf das streitige Rechtsverhältniß handelt [97]).

Nachdem, was diese Bedeutung der Rechtskraft betrifft, die Lehre von der Klagen-Consumtion in ihrer früheren Ausdehnung im neuern römischen Rechte verschwunden ist, läßt sich als geltende Regel der in den Gesetzen [98]) ausgedrückte allgemeine Satz betrachten: „exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii“ [99]). Die Beantwortung der Frage: ob über einen Ausspruch rechtskräftig entschieden sey? hängt also nicht etwa blos vom Namen der angestellten Klage ab, denn sie ist lediglich Proceßmittel; ja auch nicht einmal schlechthin von der Klagbitte (intentio), so daß jedesmal, wo eine andere Klage angestellt, oder um etwas Anderes gebeten wird, die frühere Entscheidung nicht in Betracht kommt, vielmehr nach jener Regel der Umstand entscheidend ist: ob derselbe Streit unter denselben Personen sich wiederholt [100]). Es ist dabei gleichgiltig,

---

40 §. 1 D. de pact. (2. 14), l. 28 C. de appell. (7. 62), l. 5 §. 6 C. de tempor. (7. 63), l. 5 C. de re jud. (7. 52); in Beziehung auf die Praxis das oben §§. 23—25 (S. 126 fg.) Angeführte.

97) Keller, v. d. Litiscont. ꝛc. S. 197, 198; über den im Text erwähnten Unterschied: Planck, Mehrheit d. Rechtsstr. §. 66; Wetzell, System §. 47 Note 11, §. 51 Note 43; über den Begriff und die Bedingungen der formellen Rechtskraft nach röm. Recht: B.-Hollweg, Handb. I. §. 32; v. Savigny, Syst. VI §. 284, 285; Keller, Civilproc. §. 82; Bayer a. a. O. §. 137, 139.

98) l. 12 D. de exc. rei jud. (44. 2): »Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne? inspiciendum est, an idem corpus sit? l. 13 eod.: »quantitas eadem, idem jus«; l. 14 eod.: »et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est. Idem corpus in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinquius pro communi utilitate accipitur«; l. 7 §. 1 D. eod.: »Et quidem ita definiri (sc. quaestio) potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem priorem quaesitum est. In his igitur fere omnibus exceptio nocet«.

99) l. 7 §. 4 D. eod.

100) Keller a. a. O. S. 240: „Die exceptio rei judicatae steht jeder actio entgegen, welche dem als Resultat des früheren Processes erscheinenden rechtlichen oder factischen Satze widerspricht.“

ob ein anderes Judicium eingeleitet, eine andere Klage angestellt worden ist; wenn nur dieselbe Frage Gegenstand der Disceptation war. Eben so kommt es nicht in Betracht: ob die Qualität oder Quantität des Geforderten sich vermehrt oder vermindert hat, wenn nur die causa dieselbe blieb. Ist aber der Forderungs**grund** ein anderer, alsdann fällt auch die Einrede weg, indem alsdann sich nicht sagen läßt, es liege dieselbe quaestio vor. In besonderer Beziehung auf den Unterschied der actiones **in rem** und der a. **in personam** entscheidet, rücksichtlich des Begründetseyns der Rechtskraft, **dort** der materielle Gegenstand, ob also die früher aberkannte res corporalis oder incorporalis abermals gefordert wird[1]); **hier** dagegen der juristische Gegenstand, die causa petendi; da jeder Obligationsgrund einen andern Anspruch (jus ad rem) auf jenes Object erzeugt[2]). So wird in den Gesetzen bei Klagen auf eine Erbschaft oder ein Sclavenkind die Einrede für begründet erachtet, wenn vorher eine Erbschaftsklage auf einige Erbschaftsobjecte, resp. eine Eigenthumsklage wegen der Mutter zurückgewiesen worden war[3]). Eben so ist, wenn die Eigenthum des Klägers erfordernde condictio furtiva wegen mangelnden Eigenthums zurückgewiesen ist, auch eine weitere Eigenthumsklage wider denselben Verklagten ausgeschlossen[4]). — Wenn

---

1) l. 11 pr. §. 6; l. 12, 13 D. de exc. rei jud. (44. 2); l. 4 §. 3 D. de nox. (9. 4).

2) l. 14 §. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2); l. 159 D. de reg. jur. (50. 17); cf. l. 13 pr. D. de inst. (14. 3); l. 93 §. 1 D. de leg. 3 (32); l. 28 §. 13, 14 D. de lib. leg. (34. 3).

3) l. 5, 7 §. 4 D. de exc. rei jud. (44. 2); — cf. l. 13 §. 2, l. 28 §. 4, 7 D. de jurejur. (12. 2).

4) l. 28 §. 7 D. de jurejur. (12. 2); Keller a. a. O. S. 281. — Anders würde es sich verhalten, wenn eine Eigenthumsklage angestellt wäre und der Verklagte zu seiner Vertheidigung darauf sich bezogen hätte, daß Kläger bereits mit einer Klage, wonach er als Eigenthümer des streitigen Hauses Miethzins vom Verklagten gefordert hatte, abgewiesen worden wäre. Denn die Klage wegen Miethe steht mit der wegen Eigenthums überall in keiner Verbindung. Das Eigenthum bildet für die actio locati keine Grundlage und es ist deshalb auch nicht möglich, daß dasselbe eine quaestio bei einer solchen Klage abgebe. Sollte der Richter etwa, anstatt eine auf das Eigenthum an der Sache gestützte Miethklage wegen Mangels der Angabe eines Fundaments zurückzuweisen, das Eigen-

auch Derjenige, welcher auf den allgemeinen Grund einer Obligatio, z. B. einer Societät, seinen Klagantrag auf einen Gegenstand gerichtet hat, wegen unterbliebener Darlegung eines solchen Obligations=Verhältnisses aber zurückgewiesen worden ist, auf Grund dieses Vertrags nichts weiter fordern kann, — so schließt dagegen alsdann, wenn aus einem besondern Grunde geklagt, oder aus einem besondern Grunde, z. B. bei einem bedingten Kaufvertrage wegen noch nicht eingetretener Bedingung, auf Zurückweisung der Klage erkannt wird, diese letztere eine weitere Geltendmachung nicht aus[5]). Gleichergestalt hängt, wenn aus einem Constitutum geklagt worden, die Bedeutung der erfolgten res judicata davon ab, aus welchem Grunde die Zurückweisung geschah. Erfolgte sie aus dem Grunde, weil es an einer ursprünglichen Verbindlichkeit fehle, so kann auch nicht weiter aus jenem geklagt werden; beruhte aber die Entscheidung darauf, daß das Constitutum nicht vorliege, so versteht es sich von selbst, daß dem Kläger dadurch nicht benommen ist, alle Rechte aus der früheren Obligatio noch geltend zu machen. Noch mehr ist dieß z. B. bei der Abrechnung anzunehmen, da dieselbe, wenigstens nach dem in Hessen bestehenden Gerichtsgebrauche, eine noch selbstständigere Stellung als das Constitutum einnimmt[6]), so daß hierbei die früheren Schuldverhältnisse nur als Angaben zur Feststellung der Identität erscheinen. Wird also eine auf Abrechnung gestützte Klage abgewiesen, so wird, sollte auch darin des Ursprungs der Forderung erwähnt seyn, dadurch eine res judicata über die frühere Obligatio nicht begründet.

Auch in Hessen ist nun die Frage: ob ein gegen ein früheres rechtskräftiges Erkenntniß anstoßendes Urtheil nach der Vorschrift des J. R. A. §§. 121 und 122 für nichtig zu halten sey? bejahend entschieden. Denn, wenn im Allgemeinen be=

---

thum beurtheilen und auf den Grund seiner Annahme, daß es mangele, die Klage abweisen, dann wäre dies ein unrichtiger Entscheidungsgrund, nicht aber genügend, das Eigenthum zur quaestio zu machen.

5) l. 43 §. 9 D. de aedil. ed. (22. 1).

6) Weil g. Goldschmidt [5301] 1823; Carli'sch. Contr. g. Carli'sch. Cur. [4137] 1837.

stimmt wird: daß „rechtskräftige Bescheide ohne Noth und dafern keine unheilbare Nullität erscheint", nicht auf's neue zur Cognition zu ziehen sind [7]), so ist hiermit für die Beurtheilung keine andere Norm, als das gemeine Proceßrecht dargeboten, der früher bestandene Grundsatz aber, daß in gewissen Fällen aus landesherrlicher Macht auch rechtskräftige Bescheide aufgehoben werden könnten [8]), bei vollzogener Trennung der Justiz von der Verwaltung, nicht mehr anwendbar. Jene Wirkung eines Verstoßes wider rechtskräftige Entscheidungen ist denn auch nach der hessischen Praxis außer Zweifel [9]). Je bestimmter es nun aber in jener Stelle des J. R. A. darauf abgesehen ist, die Nichtigkeits-Beschwerde zu beschränken und je mehr es darauf ankommt, durch Zulassung der Rechtskraft aller Ungewißheit des Rechts ein Ziel zu setzen, desto genauer ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob das angefochtene Erkenntniß in der That einem vorhergegangenen rechtskräftigen Urtheile widerstreite.

---

7) Proceßordn. v. 5. Sept. 1745 §. 3; wörtlich wiederholt in der Hanauer Hofger.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 Tit. 11 Art. 40 §. 254.

8) z. B. diejenigen, welche wieder den regulirten Beitrag der Vicariate und Filiale zur Unterhaltung der Mutterkirche und geistlichen Gebäude, Consist.-Ausschr. v. 28. Febr. 1766 §. 10 (VI. 354); oder wider die Ordnung wegen Anbauung der Futterkräuter, Verordn. v. 4. Jun. 1777 §. 5 (VI. 694); oder wider das Hufenedict angehen, Verordn. v. 30. Oct. 1773 §. 9 (VI. 904), v. 19. Nov. 1773 §. 13 (VI. 740). — Vergl. Kopps Handb. Th. II. S. 14.

9) Bing g. Ditfurth, O. A. G. D. v. 1828; Träbing g. Hämerling, 1830, Becker z. S. Osterhausen g. Kleuke, 1830; Strauß g. Herchenhahn [3414] 1831; Lump g. Rehm [364] 1834; Stift Wallenstein g. v. Rau, 1831; Wege g. Pfeiffer [1020] 2/10 1847. Kurheff. Zeitschr. f. Recht rc. H. 2 S. 44 fg. — Es wurde jenes Princip insonderheit auch in Beziehung auf die an das Obergericht zu Hanau ergriffenen Beschwerden für anwendbar erkannt, Enrich g. E., O.A.G.D. v. 30/1 1830.— Rücksichtlich der eingetretenen Veränderung in der Gesetzgebung, insbesondere durch Aufhebung der westphälischen Zwischenregierung, ist hier zu erwähnen, daß unter Anderem der während der Herrschaft des Code Napol. erfolgten Zurückweisung einer Schwängerungsklage in Folge der Wiederherstellung der vaterländischen Verfassung Rechtskraft nicht beigelegt wurde, Ledderhose, Kirchenr. (2. Ausg.) §. 653 (S. 618) Note a.

§. 65.

II. Voraussetzungen.

A. Nach der Beschaffenheit des Erkenntnisses.

Die Voraussetzungen, unter welchen von einer Rechtskraft der Urtheile, und somit von einem Verstoße wider solche, die Rede seyn kann, bestimmen sich 1. nach der Beschaffenheit der letzteren als unanfechtbar; 2. nach der Identität der Streittheile und 3. derjenigen des beiden Processen zum Grunde liegenden Sach- und Rechts-Verhältnisses.

Es wird in jener ersteren Hinsicht erfordert

1. daß der in Frage stehende Streitpunct als rechtskräftig bewiesen[10]), das vorgelegte Erkenntniß insonderheit echt und verständlich sey, in welchem Falle alsdann die Rechtskraft durch die Fortexistenz der betreffenden Acten nicht bedingt ist[11]);

2. daß dasselbe publicirt oder insinuirt worden sey[12]),

10) Zum Beweise kann der Eideszuschiebung sich nicht bedient werden, da damit unzulässiger Weise ein Rechtsbegriff erhärtet werden würde; der Eid würde etwa nur auf ein bestimmtes Erkenntniß oder auf Thatsachen, aus denen eine Verpflichtung aus der Sentenz folgt, zu richten seyn. Vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. II S. 154 Nr. 9.

11) In einem einschlagenden Falle war ein verurtheilender Endsbescheid erlassen worden. In Gemäßheit des Justiz-Minist.-Beschl. v. 4. Nov. 1835, die Vernichtung der Acten nach Ablauf einer gewissen Zeit betreffend, war auch hier solche erfolgt. Später wurde um ein Paritorial-Decret gebeten und nur der gedachte Bescheid producirt. Das O. A. G. Erkenntniß ging indeß dahin, in Erw.: „daß — der Endsbescheid als an sich völlig verständlich und, dessen Echtheit vorausgesetzt, zur Vollziehung geeignet erscheint, letztere insbesondere weder von der Herbeischaffung der abhanden gekommenen Gerichtsacten, noch von einer vorgängigen Redintegration durch etwa vorhandene Manual-Acten für durchaus abhängig zu halten ist; — daß auch dessen Rechtskraft mit Ablauf der zur Einlegung und Verfolgung eines Rechtsmittels gesetzlich vorgeschriebenen Fristen von selbst eintrat, die Appellaten aber weder behauptet, noch nachgewiesen haben, daß ein Rechtsmittel gegen denselben ergriffen und deren Vollstreckbarkeit dadurch suspendirt worden sey", Holzapfel g. Thiele z. L. [8640] 8/7 1843.

12) Vergl. die v. Note a. E. Die Rechtskraft eines anfechtbaren Bescheids tritt, wenn nach Ablauf der Appell.-Fatalien kein Rechtsmittel ergriffen wurde, von selbst ein und es ist nun Sache des Gegners, Umstände anzuführen, aus welchen zu folgern steht, daß der Bescheid noch nichts rechtskräftig geworden sey, Hoß g. Weil [4856] 16/6 1838; Herrche g. Röder [6570] 26/8 1843. Es leidet der Satz im Texte auch Anwendung auf den Fall, wo es sich um ein Strafurtheil, wodurch über einen Civilpunct entschieden ist, handelt, Fisc. Pr. g. Busse [8416] 14/6 1843.

widrigenfalls dasselbe als für die Parteien noch nicht vorhanden erachtet und vom Gerichte eine Nichtigkeit begangen wird, wenn es nichtsdestoweniger ein weiteres Erkenntniß darauf gründet [13]). Insonderheit wird der Mangel jener Voraussetzung durch zufällige Wissenschaft, welche eine Partei von einem in den Acten enthaltenen Urtheil erlangt hat, nicht ersetzt [14]); jedoch, beim Vorhandenseyn eines Erkenntnisses, die gesetzmäßige Behändigung ꝛc. desselben vermuthet [15]), so daß die Rechtskraft keiner besondern Darlegung bedarf [16]) und z. B. durch die nachgewiesene Behändigung eines die Befolgung des Urtheils auflegenden Paritorial-Decrets ersetzt wird [17]).

3. Durch die Entscheidung muß sodann über einen Antrag, eine Appellation ꝛc. nicht aus blos formellen [18]), sondern aus materiellen Gründen erkannt seyn; zu den letzteren gehört aber namentlich auch der auf die Sachlegitimation sich beziehende [19]).

---

13) Oppenheimer g. Wilk, O. A. G. D. v. 23/5 1829.

14) Breidenbach g. Römer [5253] 1823; Schwarzenberg g. Gerlach [1700] 1829.

15) Es geht dies schon aus dem in der Note 12 Angeführten, wonach die Darlegung des Gegentheils Sache der Einrede ist, hervor.

16) Hencke g. Rücker [6870] 1843. In der Annahme, daß zur Begründung der Klage aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse die Behauptung der geschehenen Eröffnung oder Behändigung erforderlich sey, liegt aber kein Verstoß gegen klare gesetzliche Bestimmung und also keine Nichtigkeit, Bernhard g. Becker [6989] 7/4 1840.

17) Weidenbach g. Krack [7086] 1841. Es wurde hier der obige Satz angenommen in Beziehung auf den Fall, wo es sich um die Verjährung der Nichtigkeits-Beschwerde handelte.

18) z. B. eine Appellation wegen Mangels der Erwachsenheit, Kurhess. Zeitschr. H. 2 S. 42; Heß ux. g. ihr. Ehem. [7849] 5/2 1842; Stückradt g. Grau [6524] 8/2 1843; Kratz g. Gleim [7255] 5/11 1845.

19) Firle g. Röhrig [6403] 1840 (Annal. II 163 fg.). Gegen den Testaments-Universalerben traten die Verwandten des Testators auf und forderten die Nichtigsprechung des Testaments, sowie die Herausgabe der Erbschaft. In Ermangelung genügender Nachweisung des Verwandtschafts-Verhältnisses der Kläger, welche durch die vorgelegten Kirchenbuchs-Auszüge als nicht erbracht angenommen waren, wurden aber die Kläger, wegen hiernach mangelnder Sachlegitimation, für beweis- und sachfällig erklärt und mit der Klage abgewiesen. Später klagte einer von jenen Verwandten allein von Neuem wider den Testamentserben

4. Vornämlich wird sodann erfordert, daß das Urtheil in einem wirklichen, nicht blos vermeintlichen, Widerspruche mit dem in Frage stehenden sich befinde [20]). Dasselbe braucht aber nicht gerade ausdrücklich eine Entscheidung zu enthalten; vielmehr genügt eine stillschweigends darunter begriffene, welche alsdann angenommen wird, wenn aus dem, was ausdrücklich erkannt worden ist, zugleich die Entscheidung über einen nicht berührten Punct rechtlich von selbst folgt [21]). Enthält sie aber nur eine Folgerung aus dem in einem früheren Urtheile Ausgesprochenen, und war hierüber erst nach weiterer Verhandlung zu erkennen, so liegt, ehe und bevor diese letztere stattgefunden hat, ein der Rechtskraft fähiges Urtheil nicht vor [22]).

5. Auf die Entscheidung selbst aber muß ferner der Widerspruch sich beziehen. Dieser findet seine Bedeutung vornämlich in Beziehung auf den Unterschied der Dispositive und der Motive jener. Freilich kann eigentlich von einer Rechtskraft der Entscheidungsgründe [23]) an sich nicht die Rede seyn. Von der der objectiven um deswillen nicht, weil sie, als nur in den Acten liegend, überall noch keinen Ausdruck Seitens des Richters gefunden haben; von den subjectiven aber darum nicht, weil solche Gründe nur dessen Ansicht, nicht aber die Entscheidung selbst ausdrücken [24]). Hiermit steht auch die oberstrichterliche

---

auf Herausgabe seiner Erbschaftsquote. Da im Uebrigen die Klage dieselbe Begründung hatte, wie die frühere, so wurde solche, unter Verwerfung des Anführens des Klägers, daß die frühere Klage nur aus formellen Gründen zurückgewiesen worden sey, auf den Grund der vom Verklagten vorgeschützten Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, in allen Instanzen verworfen.

20) Winkel g. Baupel [9123] 27/9 1845. Wenn das Widersprechende nicht bestimmt in das Erkenntniß aufgenommen ist, dann gilt die Regel: »non omnis vox judicis judicati continet auctoritatem«, l. 2 C. de sent. et interl.

21) Klein g. Keim, O. A. G. D. v. 18/8 1827; Rückweil g. v. Baumbach, v. 19/9 1829.

22) l. 18 D. com. divid. (10. 3); tit. C. comminationes (7. 57); Gönner, Handb. Th. I Abh. 7 §. 22; Pehmüller g. Feldmann, O. A. G. D. v. 17/7 1821.

23) Vergl. das über die letzteren bereits Angeführte: S. 44, 168, 192, 289.

24) Böhmer, exercit. T. 5, exerc. 87 §. 18; vergl. v. Savigny, System Th. 6 §§. 291—294, woselbst indeß den Entsch.-Gründen eine umfassendere Bedeutung beigelegt wird; Wetzell, System §. 457 (S. 441): „In der

Praxis in Hessen, wenn auch mit Modificationen, im Einklange. Es ist hier zwar zunächst zum Oefteren anerkannt worden, daß die Entscheidungsgründe die Rechte der Parteien nicht bestimmen und daher an sich nicht rechtskräftig werden [25]); zugleich aber, daß sie, wenn auch nicht unmittelbar, doch mittelbar, ein geeigneter Gegenstand der Beschwerde [26]) seyn können und namentlich dann zu berücksichtigen sind, wenn die Dispositive der Entscheidung selbst den Sinn der letzteren zweifelhaft läßt [27]). Unter dieser Voraussetzung stellen sich solche demnach allerdings in Ansehung ihres Inhalts als Bestandtheil der Entscheidung selbst dar [28]).

That also wohnt ausschließlich der Entscheidung selbst die Rechtskraft inne, freilich nicht als einer todten Formel, sondern als dem lebendigen Gedanken, der mit Hilfe jener Mittel zu fixiren ist, und wichtiger möchte es daher seyn, daß man jenen Ausdruck vermeidet. Will man ihn dennoch beibehalten, so bezeichnet er jedenfalls nichts weiter als den Einfluß, welchen die Entscheidungsgründe auf die Erklärung der richterlichen Entscheidung ausüben." Damit stimmt auch überein: Pfeiffer, Arch. f. civ. Pr. B. 37 S. 264 fg.

25) Kuhn g. Kellner [6086] 1840; daher kann in solchen z. B. eine besondere Klage auf Verzugszinsen mit Erfolg nicht vorbehalten werden, Freudenberg g. Epstein [7943] 1825.

26) Gerhard g. Schmelz [6766] 1841.

27) v. Verschuer g. Fisc. Pr. [5503] 1833. — Wenn in den E.-Gründen Aussprüche über Thatsachen ꝛc. vorkommen, welche die Entscheidung selbst bedingen, so können diese Aussprüche, wenn sie auch nicht in die Dispositive aufgenommen sind, doch nach eingetretener Rechtskraft jener Entscheidung, falls diese auch an sich keine Beschwerde enthält, später nicht mehr angefochten werden, Lindenau. Lehnl. g. Rotenburg. Anw. [5840] 15/11 1823. Dieser letztere Satz geht indeß weiter, als die erwähnte spätere Praxis und erscheint durch dieselbe berichtigt.

28) Fisc. Pr. g. Stadt Frankenberg [1339] 16/12 1848, in Erw.: „daß ein wesentlicher Mangel an der factischen Begründung der Einrede der entschiedenen Sache, wie solche in v. Instanz vorgeschützt worden, nicht erfindlich ist, da der in dem früheren Rechtsstreite in Anspruch genommene Gegenstand als ein Anfluß bezeichnet war und es einer genauern Bezeichnung desselben nicht bedurfte; — daß die Entscheidungsgründe des Beweisinterlocuts — und des Endsbescheids — keinen Zweifel darüber zulassen, daß der Unterrichter als den Gegenstand bezw. Streitpunct, worüber zu entscheiden sey, nicht blos das damals vom Kläger als Anfluß in Anspruch genommene Grundstück, sondern das Recht sämmtliche Edderanflüsse in der städtischen Gemarkung sich anzueignen als den Rechtsgrund, aus welchem sowohl von der Stadt dem Kläger, als auch vom adcitirten Staatsanwalt Beiden der Anspruch auf jenen

6. Die Rechtskraft des Judicats erscheint hiernach keineswegs stets als auf das Object, welches zuerkannt oder abgesprochen worden ist, beschränkt[29]).

7. Die Judicatwidrigkeit fällt in so fern zwar mit der

Anfluß bestritten wurde, betrachtet hat, in solchem Falle aber die Entscheidungsgründe als Bestandtheil der Entscheidung selbst anzusehen sind, da diese über das Eigenthum an jenem einzelnen Grundstück gar nicht erfolgen konnte, ohne daß über den erwähnten Rechtsgrund selbst erkannt wurde und die Abweisung des Staatsanwalts mit seiner damaligen Intervention daher zugleich den Ausspruch enthält, daß dem Staat das Recht auf die Edderanflüsse in der Gemarkung der verklagten Stadt überhaupt nicht zustehe —". — Diese Grundsätze haben auch in einer Entscheidung des Competenzgerichtshofes für Hessen Anerkennung gefunden. Es hatte der Staatsanwalt, als Litisdenunciat, wider eine angestellte Klage den Verklagten durch eine Einrede vertheidigt, über deren Verwerflichkeit auf zweiseitige Verhandlung das O. A. Gericht in den Entscheidungsgründen seines Beweiserkenntnisses sich aussprach. Im Laufe des darauf bei demselben Gerichte stattgefundenen Beweisverfahrens erfolgte s. g. Conflicterhebung und es gelangte in Gemäßheit deren die Sache an den Competenzgerichtshof. Dieser erklärte das gedachte Rechtsmittel für unstatthaft, weil das O. A. Gericht durch das erwähnte Beweiserkenntniß für die Verwerfung des Einwands des Litisdenunciaten rechtskräftig sich ausgesprochen habe, in solchem Falle aber die Conflicterhebung nicht zuläßig sey. Zwar sey vom O. A. Gerichte in der Hauptsache noch kein endliches Erkenntniß ertheilt; auch enthalte die Dispositive des gedachten Interlocuts keinen ausdrücklichen Ausspruch über den fraglichen Gegenstand; da indeß das O. A. Gericht, nach den bei seinen Entscheidungen regelmäßig beobachteten Formen, über die Zurückweisung von einer Klage opponirten, von ihm für unstatthaft oder ungegründet erachteten, Einreden nur in den Entscheidungsgründen, nicht aber auch in den dispositiven Theilen seiner Erkenntnisse sich auszusprechen pflege, die entsprechenden Entscheidungsgründe jenes Interlocuts aber über die Absicht des O. A. Gerichts, die fragliche Einwendung des Staatsanwalts zu verwerfen, keinen Zweifel lasse, und das angeordnete Beweisverfahren durch die Unterstellung der Zuläßigkeit der erhobenen Civilklage resp. des Rechtswegs nothwendig bedingt gewesen sey, so müsse in diesem Beweiserkenntnisse auch eine bestimmte, das Gericht selbst bindende, also definitive, Entscheidung desselben über den hier in Rede stehenden Streitpunct gefunden und angenommen werden, wie der Umstand, daß dieser Ausspruch keiner Anfechtung mittelst eines ordentlichen Rechtsmittels ausgesetzt sey, ihm sowohl nach den Grundsätzen des gemeinen, als auch nach denen unseres vaterländischen Proceßrechts den Charakter eines rechtskräftigen verleihe, Annal. IV. 414.

29) Wolff v. Gudenberg g. Meimbressen [9385] 6/9 1845; Rimbach g. v. Baumbach, 1844; Jahn g. Lang [8717] 1844; Thielepape g. Weiß [9448] 2/7 1845.

später zu erwähnenden Actenwidrigkeit zusammen, als das Judicat einen Theil der Acten bildet; indeß erhellt aus dem weiteren und abweichenden Umfange der letzteren die Nothwendigkeit der abgesonderten Beurtheilung beider Arten von Mängeln [30]).

§. 66.

B. Nach der Anfechtbarkeit der endlichen und der ihnen gleichstehenden Urtheile.

Zu den, nach den bisher im Allgemeinen angedeuteten Grundsätzen, der Rechtskraft, wenn auch nicht ausschließlich [31]), fähigen Entscheidungen gehören nun in Hessen

1. die endlichen Erkenntnisse, durch welche über den Klaganspruch ein Ausspruch erfolgt. Er ist aber z. B. weder enthalten in der Zurückweisung der Klage nur wie solche angebracht worden ist [32]), noch in der Verwerfung einer Einrede nur wegen mangelnder Substantiirung [33]), noch in der Ver-

---

30) Von dem einschlagenden Falle, in welchem eine Klage aus dem rechtskräftigen Judicat angestellt, vom Mittelgericht aber wider den Inhalt der Acten angenommen war, daß das ursprüngliche Schuldverhältniß in den Streit gezogen worden sey (Otto g. Waldeck [948] 4/8 1847), wird daher erst später im Nähern die Rede seyn.

31) Von den Voraussetzungen, unter welchen namentlich auch Beweisinterlocuten, und zwar nicht blos für den interloquirenden Richter, mit Rücksicht auf deren Entscheidungsgründe, diese Fähigkeit beiwohne, wird später specieller die Rede seyn.

32) Ein die Klage abweisender Bescheid unterliegt also bei der später erfolgten Anstellung einer neuen Klage insofern der richterlichen Prüfung, als die Abweisung nach Lage der Sache nicht auf den Klaganspruch, sondern nur auf die Klage, wie sie angebracht worden, bezogen werden kann, Appel g. Stephan [4255] 1836.

33) Gelzhäuser g. Zecher [1414] 6/12 1848, in Erw.: „daß die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache mit Recht vom O. Gerichte als unbegründet zurückgewiesen worden ist, da Appellaten in den in 1. Instanz apponirten Acten mit der Einrede der Wahrheit gegen eine vom Appellanten wider sie, wegen ihr schuld gegebener Schwängerung, erhobene Injurienklage nur wegen mangelnder Substantiirung zurückgewiesen, das Gegentheil der dieser Einrede zum Grunde liegenden Thatsache also keineswegs richterlich festgestellt ist —".

fügung, daß die Klage auf sich beruhen solle [34]). Im Uebrigen entscheiden hier die Grundsätze, welche rücksichtlich der Bedeutung endlicher Erkenntnisse durch das Gesetz vom 16. Sept. 1834 §. 34 fg. festgestellt und durch die Praxis im Näheren ausgebildet worden sind [35]). Beispielsweise ist hier zu erwähnen: der Fall, wo in Folge einer vorgeschützten Einrede, etwa des Vergleichs, entschieden [36]), ein zur Abwendung des Concurses eingegangener Nachlaßvertrag bestätigt worden ist [37]). Bei

---

34) Schöffer g. Flohr [8047] 5/2 1843, in Erw.: „daß in dem Bescheide des J.-Amts — in den apponirten Acten ein richterliches Erkenntniß, worauf die Einrede der entschiedenen Sache zu gründen stände, offenbar nicht zu finden ist, — indem dasselbe es blos bei der Erklärung (Uebereinkunft) der Erschienenen, daß die erhobene Klage auf sich beruhen und jeder Theil seine Kosten tragen solle, bewenden läßt, also über den damaligen Klaganspruch selbst nichts entscheidet, mithin der auf der entgegengesetzten Voraussetzung beruhende Amtsbescheid — sich als actenwidrig darstellt." Vergl. Annal. Th. I S. 679, 680.

35) Vergl. das oben (S. 159) bereits Angedeutete, sowie des Verf.'s N. Samml. Th. I S. 69 fg.; Th. IV Abth. 2 S. 139 fg.

36) Rimbach g. v. Baumbach [643] 11/11 1846, in Erw.: „daß Appellant die Entsch.-Gründe des O. Gerichts zu widerlegen nicht vermocht hat, insbesondere nach seiner Darstellung in der Klage es sich nicht von der Anfechtung eines nur gerichtlich bestätigten Vergleichs handelt, sondern ein Judicat vorliegt, wodurch, auf den Grund der vorgeschützten Einrede des Vergleichs, die früher bereits ausgeklagte Forderung, welche seine jetzige Klage zum Gegenstand hat, für erloschen angenommen und er demzufolge mit der Verfolgung derselben zurückgewiesen worden ist."

37) Kalb g. Lion [4922] 8/9 1838; dadurch wurde erkannt, daß die Einrede eines erzwungenen Nachlaßvertrags nur durch ein im deshalbigen Verfahren gegen die widersprechenden Gläubiger erfolgtes rechtskräftiges Erkenntniß begründet werden könne; — Saalfeld g. Hotop [9557] 15/10 1844, in Erw.: „daß — dem angefochtenen Erkenntnisse des Stadtgerichts die Eigenschaft eines der Rechtskraft fähigen Bescheids nicht abgesprochen werden kann, da, sobald es sich um die, mittelst gerichtlicher Hilfe geltend zu machende, Nöthigung der Minorität der Gläubiger zu dem von der Majorität derselben dem Cridare zugestandenen Nachlasse handelt, die deshalbigen Verhandlungen als contradictorische zu betrachten sind und das hierauf erfolgende, den Nachlaßvertrag bestätigende, gerichtliche Erkenntniß den widersprechenden Gläubigern einen Theil ihrer Forderung zu Gunsten des ihnen gegenüber stehenden Cridars abspricht; — sonach also der Einwand gegen die Zulässigkeit einer Appellation gegen jenes Erkenntniß, weil solches nur als ein Act der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten sey, sich als ungegründet darstellt."

mehrern Klaggründen kann dann eine Entscheidung, je nachdem sie verurtheilender oder abweisender Art ist, der Rechtskraft zum Theil fähig seyn, zum Theil nicht [38]).

2. Die einen Haupteid auferlegenden Entscheidungen [39]) stehen den endlichen Erkenntnissen in der vorliegenden Beziehung zur Seite (S. 159). So ist z. B. der Bescheid, wodurch ein Diffessionseid normirt wird, alsdann, wenn derselbe den Beweis des Klaggrunds, oder einer Einrede zum Gegenstande hat, der Rechtskraft fähig [39a]). Dazu, daß der Eidsbescheid schlechthin in Rechtskraft übergehen könne, wird aber erfordert, daß rücksichtlich aller in Betracht kommenden Voraussetzungen der giltigen Regulirung des Eides unter den Parteien Verhandlungen stattgefunden haben [40]), z. B. über die Art und Weise wie [41]), oder durch wen [42]), oder bei welchem Gerichte [43]) geschworen werden soll [44]); oder, im Fall, wo das Erforderniß der Beibringung eines Eidesbelehrungs-Scheins einem Zweifel unterworfen erscheint [45]), über die Beseitigung

---

38) Ein Beispiel in S. Gruner g. Ströbel [7735] 16/6 1843.

39) Vergl. überhaupt: des Verf.'s N. Samml. Th. I S. 81 fg., Th. IV S. 141 fg.

39a) Lion g. Fuld. Leihhaus [8341] 3/5 1845.

40) St. Cassel g. Müller [4868] 30/1 1838.

41) ob z. B. der Wahrheit oder dem Glauben nach, Peter g. Eberhard [7991] 14/6 1843; Cloos g. C. [7197] 6/11 1844; Hanau. Wittwenc. g. Günste [8624] 8/2 1843.

42) Grieb g. v. Rau'sch. Cur. [3182] 1/9 1838. Hier war eine contradictorische Verhandlung darüber, ob die Eidesleistung durch den Proceß-Curator geschehen müsse? dem Bescheide nicht vorausgegangen und daher in dieser Hinsicht angenommen worden, daß ein rechtskräftiger Ausspruch in jenem Bescheide nicht enthalten sey.

43) Lion g. Lemp [5096] 20/7 1839: dasjenige Erkenntniß, welches über die Frage, bei welchem Gerichte eine Partei den ihr auferlegten Eid abzulegen habe, ist, so lange nicht hierüber eine Verhandlung unter den Parteien stattgefunden hat, als ein zur Rechtskraft geeignetes nicht zu betrachten.

44) Ueber die Frage überhaupt: ob und wann die Feststellung resp. Berichtigung der Eidesformel rechtskräftig werde? vergl.: Zeitschr. für Kurhess. H. 2 S. 256; des Verf.'s N. Samml. Th. 1 S. 123; dessen Gerichtseid Th. 3 S. 239—241; Annal. Th. I S. 469, 519.

45) In Hessen wird bekanntlich hier ein Unterschied zwischen Schriftsässigen und solchen Parteien, die dies nicht sind, noch jetzt gemacht. Nach dem Gesetz

des letzteren; indem auch hier die Rechtskraft durch vorgängige Verhandlung über diesen Punct bedingt erscheint [46]). Wenn nun aber auch der den Haupteid auflegende Bescheid die Rechtskraft beschritten hat, so kann doch der dessen Folge aussprechende Endsbescheid in sofern Gelegenheit zur Appellation dawider darbieten, als das Urtheil darüber, ob der letztere Bescheid eine richtige Folge des Eidsbescheids enthält, durch jene Rechtskraft nicht ausgeschlossen wird, wie denn auch Beschwerden über amtliche Verfügungen, z. B. rücksichtlich des Stempelansatzes, bei ihrer Natur als solcher wider den Richter, für unzulässig nicht zu halten sind [47]).

3. Diejenigen, auf zweiseitige Verhandlungen ergangenen, Entscheidungen, welche jenen gesetzlich gleich gesetzt worden sind (S. 159) [48]).

Abgesehen von den vorgedachten, nur in ihren Haupt-Gesichtspuncten angedeuteten, Entscheidungen, sind die lediglich auf einseitigen Antrag einer Partei ertheilten, namentlich die nur proceßleitenden Verfügungen der Rechtskraft nicht fähig, wie namentlich solche Decrete, wodurch eine Klage zur Vernehmlassung mitgetheilt [49]), der Antrag auf ein unbedingtes Mandat zurückgewiesen [50]), auf des Appellanten einseitigen Antrag eine Verfügung ertheilt, z. B. solcher zurückgewiesen ist 2c. [51]); in welcher letzteren Hinsicht jedoch in sofern in der Praxis der

---

v. 29. Oct. 1848 ist es aber in das Ermessen des Richters gestellt, auch von Schriftsässigen die Vorlegung einer solchen Bescheinigung zu begehren. Vergl. im Uebrigen: des Verf.'s Gerichtseid Th. II S. 402 fg.

46) Matthenius g. Süs [3298] 5/5 1838: „daß ein auf Ausschwörung des Eides erkennender Bescheid, wenn er die Production eines Eidesbelehrungs-Scheins, wo es eines solchen bedarf, nicht aufgiebt, einen rechtskräftigen Ausspruch darüber, daß eine deshalbige Verpflichtung dem Schwörenden nicht obliege, bei nicht vorausgegangener Verhandlung hierüber nicht enthält."

47) Heßdörfer g. Epstein [9233] 13/3 1844.

48) Ueber das Nähere vergl.: des Verf.'s N. Samml. Th. I S. 69 fg.; Th. IV Abth. 2 S. 142 fg.

49) Ein solches steht folgeweise der demnächstigen Zurückweisung der Klage nicht entgegen, Clos g. Damshäuser [6498] 1/5 1841.

50) v. Hof g. Fröhling [7532] 27/11 1841. Des Verf.'s N. Samml. Th. 3 Abth. 1 S. 18 fg.

51) Heß ux. g. ihr. Ehem. [7849] 5/2 1842; Kratz g. Gleim [7255] 5/11 1845.

oberen Gerichte eine Ausnahme zugelassen ist, daß diejenigen Decrete (Remissorialen), wodurch, nachdem in der vorigen Instanz auf zweiseitige Verhandlungen das angefochtene Erkenntniß ertheilt worden ist, die Berufung für unbegründet erachtet und zurückgewiesen wird, für der Rechtskraft fähige Entscheidungen angesehen werden [52]). — Im Allgemeinen gilt hier noch die Bemerkung, daß Aussprüche des Richters, welche er, ohne durch die Verhandlungen dazu veranlaßt worden zu seyn, ertheilt, damit noch nicht rechtskräftig werden, hiergegen vielmehr Remonstration stattfindet [53]), und daß durch letztere dem Erforderniß beiderseitigen Gehörs über den Streitpunct genügt wird [54]).

In Beziehung auf die bisher angedeuteten Grundsätze rücksichtlich der Frage: inwieweit Vorerkenntnisse der Rechtskraft fähig seyen oder nicht? ist übrigens noch in Ansehung der Geschichte des hessischen Proceßrechts hier zu bemerken, daß nach den vor den erwähnten im J. 1834 ergangenen gesetzlichen Bestimmungen in der hessischen Praxis in Uebung gewesenen processualischen Grundsätzen, mit Ausnahme der blos proceßleitenden und auf einseitigen Antrag ergangenen Verfügungen, die Rechtskraft der Vorerkenntnisse in ausgedehnterem Umfange angenommen wurde. Indessen erforderte man doch dabei: 1. daß in der That eine Androhung des Spezial-Präjudizes stattgefunden [55]); 2. daß die Vornahme der betreffenden Handlung

52) Herquet g. Fisc. Pr. [4077] 21/6 1845; Lion g. Rottmann [8906] 21/6 1843; Hohmann g. Breiding [7016] 20/1 1841.

53) z. B. wider die Ernennung eines dritten Sachverständigen, oder gegen die Verfügung, daß der Delat auf einen Eid annehmend oder zurückschiebend sich erklären soll, im Fall die Relation an sich unstatthaft ist, Sonneborn g. v. Löwenstein, O. A. G. D. v. 10/9 1831.

54) Simon g. Fisc. Pr. [4399] 19/3 1837.

55) v. Münchhausen g. v. M. [2337] 1835; Bauer g. Hörter [3659] 1836; „daß die Statthaftigkeit der Androhung des Rechtsnachtheils der Beweisfälligkeit für den Fall der nicht erfolgenden Einreichung der Eidesformel, nachdem der diese Androhung aussprechende, noch vor der eingetretenen Wirksamkeit des Gesetzes v. 16. Sept. 1834 ertheilte, Amtsbescheid — in Rechtskraft übergegangen und vom Appellanten durch Befolgung anerkannt worden, von ihm nicht mehr bestritten werden kann"; Buchenau g. Balthasar [2407] 1834: „daß in der Auflage, sich auf einzelne Thatsachen der Klage zu erklären, wenn diese unter Androhung der Special-Präjudicien erfolgt ist, keine blos proceßleitende, sondern

ein wesentliches Moment der Klage, Einrede ꝛc. zum Gegenstand habe [56]); 3. daß über die Klage resp. Einrede ꝛc. Verhandlungen zwischen den Parteien vorher gegangen seyen, beide ihre Rechte vertheidigt, oder doch in der Lage sich befunden hatten, sie vertheidigen zu können; indem hiervon jedenfalls im Allgemeinen die Fähigkeit einer Entscheidung, rechtskräftig zu werden, abhängt.

§. 67.

C. Nach der Identität der Personen.

Das römische Recht bestimmt für das Vorhandenseyn der Voraussetzungen der res judicata weiter, daß die Identität der Parteien feststehe. Diese erschien weder durch Adstipulation und Adpromission, noch — unter Voraussetzung der Legitimation — durch Stellvertretung, noch durch Correalität, noch durch Gewaltverhältniß, Succession, Verpfändung ausgeschlossen [57]). Die Praxis hat diese im Allgemeinen angedeuteten Grundsätze im Näheren ausgebildet; wofür aus der in Hessen bestehenden folgende specielle Nachweisungen Belege darbieten:

---

vielmehr eine die Klage als begründet annehmende Entscheidung liege"; Balz g. Schönfeld [3737] 1837, worin erkannt wurde: daß, da bereits dem Kläger bei Meidung der Abweisung mit der Klage deren bessere Begründung rechtskräftig aufgegeben worden, es nur auf diese ankomme; Rausch g. Krug, 1838, wodurch die Rechtskraft in Beziehung auf die Begründung einer Einrede bei einer Auflage auf bessere Erklärung des Gegners lediglich von der Androhung der Special-Präjudicien für abhängig erklärt wurde.

56) Schotten g. Jeppe [4638] 15/9 1838; hierdurch wurde der Androhung der Nichtberücksichtigung des betr. Vorgebens des Klägers in dem Amtsbescheide —, da solches nur ein einzelnes, nach Lage der Sache nicht für wesentlich zu haltendes, Moment des von demselben behaupteten Besitzes zum Gegenstande hatte, nicht die Eigenschaft und Wirkung eines auf die Zurückweisung der Klage selbst sich beziehenden Präjudizes beigelegt.

57) l. 4, 11 §. 7 D. 42. 1; l. 7 §. 2 D. de cur. fur. (27. 10); Gaj. 4. 98; l. 4, 21 §. 4 D. 42. 1; l. 5 D. de fidei. (46. 1); l. 31 §. 1 D. de nov. (46. 2); — l. 11 §. 7 D. 42. 1; l. 3 pr. D. de pop. act. (43. 23); l. 45 §. 1 D. de proc. (3. 3); l. 30 §. 3 D. de jurej. (12. 2); l. 3 §. 13 D. de lib. hom. (43. 29); — l. 11 §. 3. 9; l. 9 §. 2 D. 42. 1; l. 10 D. de exc. (44. 1); l. 2 C. 8. 36; l. 3 §. 1 D. de pign. (20. 1); l. 11 §. 10; l. 63 D. 42. 1.

1. Da die Sachlegitimation einen Bestandtheil des Klaggrunds bildet, so erstreckt sich die res judicata auch auf solche [58]), also namentlich, wenn sie auf die Nachweisung der Erben-Qualität sich bezieht [59]).

2. Eben so kann, wenn von einem Stellvertretungs-Verhältnisse zu einem Andern die Rede ist, der Repräsentirte auf das dem Repräsentanten gegenüber ertheilte Erkenntniß sich berufen [60]). Stets wird aber hierbei das Vorhandenseyn der

---

58) Rotenburg. Legatencasse g. Fürst v. Hohenlohe [6550] 9/6 1841; Pfeil g. P. [9062] 8/6 1844; Simon g. Fisc. Pr. [8985[8/6 1844; Firle g. Röhrig [6403] 16/9 1840, worin ausgesprochen wurde, daß die Zurückweisung einer Klage wegen Mangels der Nachweisung der Sachlegitimation der wiederholten Anstellung der nämlichen Klage von Seiten eines der früheren Kläger entgegen stehe, „weil jene Beweisfälligkeit nicht blos eine Zurückweisung wie angebracht, oder eine Entbindung von der Instanz, sondern die wirkliche Sachfälligkeit zur Folge hat, und nur in jenen Fällen, keineswegs aber bei einer endlichen Zurückweisung der Sache selbst, die in Mitte liegende Rechtskraft einer verbesserten Klage entgegensteht; hier vielmehr der Grund, weshalb früher so erkannt worden, ganz gleichgiltig erscheint; — die gegenwärtige Klage auch dadurch von der schon abgeurtheilten nicht verschieden ist, daß damals sämmtliche Erben als Kläger aufgetreten waren, weil Appellant; (damalige Kläger) als einer derselben zu seinem Antheile überall mitgehandelt hat und so hinsichtlich des nämlichen Anspruchs, den er jetzt erhoben, abgewiesen worden ist."

59) Daher können denn auch Acten, auf welche ein rechtskräftiges Erkenntniß ertheilt worden ist, unter denselben Parteien in einem andern Processe zur Nachweisung jener Eigenschaft benutzt werden, Exter g. Fisc. Pr. [6751] 27/6 1840.

60) Gem. Nehren g. Riechers [7014] 3/12 1842. In Beziehung auf die eine Colonie belastende Gemeinde-Dienstpflicht schloß der Besitzer jener mit einem Dritten einen Vertrag ab, wodurch dieser auf seine Colonie die gedachte Last übernahm. Die Gemeinde klagte demnächst wider den Dritten, wurde aber abgewiesen und belangte nunmehr jenen ursprünglich Pflichtigen. Das O. A. Gericht nahm an, daß die vom Verklagten vorgeschützte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache wegen des vorliegenden Stellvertretungs-Verhältnisses begründet sey, in Erw.: „daß — in dem gegenwärtigen Rechtsstreite ein, die Appellaten nach dem Klagantrage verurtheilendes Erkenntniß nur unter der Voraussetzung erfolgen könnte, wenn zuvor die von dem Appellanten behauptete, von dem Appellaten geleugnete Pflichtigkeit der Stätte Nr. — zu Leistung der Gemeinde-Spanndienste festgestellt wäre; — daß aber die Frage, ob eine solche Pflichtigkeit bestehe, resp. bestanden habe, schon in dem frühern Processe Gegenstand des dem appellantischen Theile (Gemeinde) auferlegten, von ihm nicht erbrachten, Beweises gewesen ist und die dort rechtskräftig ausgesprochene Zurückweisung der Klage lediglich auf der eingetretenen Beweisfälligkeit beruht; — die

Identität des Rechtsverhältnisses zwischen jenen vorausgesetzt. Daher kann eine Partei, die in einem andern Rechtsstreite nur als Vertreter des eigentlichen Streittheils, einer Gemeinde z. B. für die Zehntpflichtigen in derselben, gehandelt hat, auf ein in diesem Processe erfolgtes Erkenntniß nicht in einem andern, den sie in eigenem Namen geführt hat, die Einrede der entschiedenen Sache gründen. Ein Gleiches tritt ein, wenn im Laufe des früheren Verfahrens der Vertreter des eigentlichen Streittheils erklärt hatte, in eigenem Namen handeln zu wollen, zumal eine solche eigenmächtige Parteiveränderung unstatthaft erscheint [61]). Und eben so hat, wenn ein einzelnes Gemeindeglied ein auf dem Gemeindeverband beruhendes, der Ausübung der Einzelnen unterliegendes Recht, z. B. auf Beholzigung, für sich gerichtlich erstritten hat, das Erkenntniß nicht die Kraft der res judicata zu Gunsten auch anderer, in gleicher Stellung befindlicher, Gemeindeglieder [62]).

3. Auch der **Staat** ist berechtigt, auf ein von seinem **Beamten** in einem Rechtsstreite ausgewirktes Erkenntniß mit gleicher Wirkung sich zu beziehen [63]).

Appellanten auch mit Recht hierauf die Einrede der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache gestützt haben, da der Colon B. (Dritter) resp. dessen (Singular-) Nachfolger Colon L., gegen welchen die frühere Klage erhoben war, in Betreff der fraglichen, von dem ersteren vertragsmäßig überkommenen Dienstleistung als Substitut der Appellaten erscheint und der Repräsentirte sich auf das dem Repräsentanten gegenüber ertheilte Erkenntniß berufen kann."

61) Stadt Witzenhausen g. Fisc. Pr. [7067] 26/ 2 1841.

62) Weißgerber g. Isenburg W. [5617] 1859. — Vergl. **Henkels** Rechtsf. 567; **Rothe** u. v. **Meibom**, hess. Priv. R. I. 277.

63) Fröhlich g. Fisc. Pr. [1024] 3/6 1848, in Erw.: „daß die Klage durch die ihr entgegen gesetzte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zerstört wird; — indem aus den, in dieser Instanz apponirten, von den Appellanten als ächt anerkannten, Acten sich ergibt, daß der appellantische Erblasser den hier in Frage stehenden Anspruch schon früher gegen den Amtmann L. geltend gemacht und auch damals solchen auf die Behauptung gestützt hat, daß ihm der genannte Beamte die Insinuationen und Executionen in Justizsachen widerrechtlich entzogen habe, mit dieser Klage aber wegen Mißlingens des ihm auferlegten Beweises, daß er zur Besorgung der fraglichen Geschäfte und auf die deshalb zu beziehenden Gebühren angewiesen sey, rechtskräftig abgewiesen und somit in der Handlung des gedachten Beamten eine Rechtsverletzung nicht gefunden worden ist; — daß auch bei der objectiven Identität des Streits und da, wenn durch

4. Das rechtskräftige, auf die Begründung eines obligatorischen Verhältnisses gerichtete Erkenntniß sodann erhält nicht allein für die Streittheile selbst und deren Universal-Successoren, sondern auch für die in das zur Entscheidung gekommene Rechtsverhältniß eingetretenen Singular-Nachfolger die gleiche Wirkung, dergestalt, daß dieselben zur Anerkennung der Entscheidung verbunden sind und daher bei der Geltendmachung jenes solchergestalt festgestellten Verhältnisses ein Zurückgehen auf die ursprüngliche Begründung desselben nicht erforderlich erscheint [64]). — Ein ähnliches Verhältniß tritt

---

die vorerwähnte Handlung wirklich eine Forderung auf Schadensersatz begründet seyn sollte, der Beamte, von welchem die Handlung ausgegangen ist, und der Staat dem Verletzten gegenüber als Correalschuldner concurriren würde, der Appellat sich auf diese, dem andern Correalschuldner gegenüber erfolgte, freisprechende Entscheidung berufen kann."

64) Dieß hat man angenommen in Beziehung auf den Schenknehmer, als Singular-Successor des Schenkenden, Bremer g. Bär [4453] 16/12 1837; sowie rücksichtlich des Verhältnisses der Afterpacht zur Pacht, indem anerkannt wurde: daß ein rechtskräftiges Erkenntniß, wodurch ein Pachtverhältniß dem Pachter gegenüber für beendigt erklärt werde, auch für dessen Afterpachter bindend sey, da einem solchen „ein über die Dauer des Pachtrechts seines Verpachters hinausreichendes Benutzungsrecht nicht zustehen könne"; es sey denn, daß er mit dem ursprünglichen Verpachter in ein eigenes Contracts-Verhältniß eingetreten wäre (l. 53 D. loc.), Lüders g. Seebom [6565] 24/10 1840; Bornemann g. Belloff [8386] 25/4 1843. — Ferner kam der im Text erwähnte Satz zur Anwendung mit Rücksicht auf die Grundsätze von der Litigiosität bei Veräußerung des Streitobjects. Diese Veräußerung besteht rechtlich gar nicht; der Eigenthums-Proceß wider einen veräußernden Verklagten hat daher seinen Fortgang und das darin erfolgte Erkenntniß, wodurch Kläger für den Eigenthümer des Streitobjects erklärt wird, eben so wie gegen den ursprünglichen Verklagten, rechtliche Kraft gegen die, welche ihr angebliches Recht an derselben Sache lediglich von diesem Verklagten ableiten und ihren Rechtstitel wegen der Litigiosität des Gegenstands und daraus folgender Nichtigkeit des Erwerbs dem Kläger nicht entgegensetzen dürfen, Albrecht g. Heinemann [6962] 18/9 1824, abgedr. in des Verf.'s N. Samml. Th. V S. 430 Note 45. Nach erkannter Immission in Immobilien und Erkennung ihres Verkaufs, geht der Schuldner einen Anschlagsvertrag in Beziehung auf einen Theil derselben ein und der Ansatznehmer verlangt die Ausnahme dieses Theils von dem Verkauf, wird aber in dritter Instanz mit diesem Antrag zurückgewiesen, in Erw.: „daß wenn auch die (in der Mittel-Instanz angewandten) Grundsätze, welche von der Veräußerung litigioser Sachen gelten, auf einen Rechtsstreit wegen hypothekarischer

hier in Beziehung auf die nach der hessischen Praxis geltende Zulassung der Erwachsenheit einer Appellation bei Berechtigungen im Allgemeinen ein [65]).

5. Ein Erkenntniß sodann, wodurch gewisse Güter für Lehn erklärt werden, erzeugt eine Vermuthung zu Gunsten des in einem andern Processe auftretenden Lehnsherrn [66]); eben so erweist sich die Rechtskraft eines Erkenntnisses einem Dritten

---

Ansprüche keine Anwendung finden, doch die erkannte Immission und Subhastation nach ihrem wesentlichen Zusammenhange mit dem Vollstreckungs-Verfahren, von dem sie einen Theil bilden, zugleich die Beschlagnahme der durch erstere bestellten Pfänder zum Zwecke deren Verkaufs mit sich führen, — und der Erwerber der Sache diese, dem Vorbesitzer gegenüber giltig geschehenen, Handlungen auch gegen sich gelten lassen muß, — hiernach aber der Anspruch des Appellanten, die erst nach erfolgter Immissions- und Verkaufs-Erkennung von dem Imploraten erworbenen Grundstücke von dem Verkaufsverfahren auszuschließen, als grundlos sich darstellt", Otto gegen Fisc. Pr. [4907 a] 24/11 1838, abgedruckt in des Verfasser's Neuer Sammlung a. a. O. Seite 440 Note 59. — Durch einen U. G. Bescheid wird eine Wirthschafts-Gerechtigkeit in einem Orte als ausschließliche Berechtigung, Getränke als Bier und Branntwein über die Straße zu verkaufen, an-, dem Verklagten aber in Beziehung auf die diesem zustehende Wirthschafts-Gerechtigkeit die Befugniß zu gleicher Ausdehnung derselben aberkannt. Als nun der Streit wider den Rechtsnachfolger des Verklagten in dessen W.-Gerechtigkeit später sich erneuerte, wurde entschieden, daß dieser gehalten sey, das gegen den frühern Verklagten erfolgte Erkenntniß wider sich gelten zu lassen, Lohrei g. Schnell [1345] 26/10 1848. — Vergl. auch: Henkels Rechtsf. 343, 344, 647. — Ueber die Frage: ob das wider den Hauptschuldner ergangene Erkenntniß auch für den Bürgen rechtskräftig werde? vergl.: Annal. V S. 610 fg. Die bejahende Beantwortung dieser Frage im umgekehrten Fall lag einer Entscheidung des O. Gerichts zu Cassel zum Grunde in S. Damm g. Vormschlag, v. Oct. 1861.

65) Als z. B. vom Staate, als Domainenguts-Besitzer, wider einen Schaafhalter aus einem Beitriebsrechte geklagt und behauptet war, daß allen Schaafhaltern dessen Orts dieselbe Verbindlichkeit obliege, ging man davon aus, daß, wenn auch die Entscheidung des Streits keine Rechtskraft für die Pflicht Anderer habe, doch dabei dasselbe Rechtsverhältniß eintrete und daß nach der Praxis unter dieser Voraussetzung die Devolution nach der Berechtigung im Allgemeinen sich richte, Unschätzbarkeit des Appell.-Objects also vorliege, Fisc. Pr. g. Trabant [8686] 1845.

66) Decis. Cass. T. III dec. 81 n. 4. 7; cf. dec. 162 N. 4. — Darüber, wiefern ein Judicat wider den Vasallen dem Lehnsherrn präjudicire? vergl.: Decis. Cass. l. cit. n. 2—14.

gegenüber, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Familien-Fideicommiß vorliege oder nicht [67]).

6. Im Uebrigen gilt als Regel, daß dritten Personen gegenüber von einer Rechtskraft des Erkenntnisses nicht die Rede ist [68]); daher wurde z. B. anerkannt, daß, wenn von den beiden Streittheilen der eine in einem früheren Processe nur als accessorischer Vertreter, nicht als wirklicher Streittheil, aufgetreten und in dieser Eigenschaft in die Sachrubrik aufgenommen sey, eine Rechtskraft des früher ergangenen Erkenntnisses für den dermaligen Streit nicht bestehe [69]); so wie, daß ein Erkenntniß, wodurch die von einem Gläubiger in einem Subhast.-Verfahren angemeldete Forderung für liquid erkannt worden wäre, nur als dem Schuldner gegenüber ergangen zu betrachten sey und die Rechtsverhältnisse des Adjudicatars nicht berühre [70]), und daß, wenn auch Rechnungsabschlüsse öffentlicher Behörden hinsichtlich der darin dem Rechnungsführer gezogenen Passivrecesse gegen diesen die alsbaldige executivische Beitreibung der letzteren begründen [71]), mithin insoweit die Wirksamkeit rechtskräftiger Erkenntnisse haben, ihnen doch eben sowohl als diesen der Regel nach eine solche Wirksamkeit nur gegen den Schuldner selbst, nicht aber gegen dritte Personen zukomme [72]).

§. 68.

D. Nach der Identität des Sach- und Rechts-Verhältnisses.

1. Fälle des Vorhandenseyns derselben.

Die Grundsätze, welche rücksichtlich der Rechtskraft der Erkenntnisse in dieser Beziehung, abgesehen von den speciellen Satzungen

---

67) Decis. Cass. T. II dec. 318.

68) Decis. Cass. T. III dec. 162 n. 3.

69) Kümmel g. Stift K. [9607] 8/3 1847.

70) Groß z. S. Desselmann g. D. [1098] 13/10 1847. In Anerkennung obigen Satzes wurde daher ausgesprochen, daß in jenem Falle damit, daß das U.-Gericht die Gesuche des Liquidanten um Auszahlung der angemeldeten Forderung aus den deponirten Kaufgeldern in Rücksicht auf den Widerspruch des Adjudicatars zurückgewiesen habe, eine Entscheidung gegen den Inhalt eines rechtskräftigen Erkenntnisses nicht ertheilt sey.

71) Gesetz v. 17. May 1834 §. 1 fg.

72) Stadt Fulda g. Wiegand [1099] 11/8 1847 (Annal. I. 513).

des gemeinen [73]) Rechts, insbesondere nach der oberstrichterlichen Praxis in Hessen anerkannt worden, sind kürzlich folgende: Zur Annahme derselben wird nicht sowohl die Identität des als Endzweck des Rechtsstreits verfolgten Objects, als vielmehr die vollkommene Identität des ganzen, demselben zum Grunde liegenden, Rechtsverhältnisses mit dem der entschiedenen Sache zur Grundlage dienenden erfordert. Zu deren Vorhandenseyn gehört aber namentlich auch die Identität des Entstehungsgrundes des Obligations-Verhältnisses [74]). Vorausgesetzt wird also im Allgemeinen, neben der erwähnten Identität der Parteien, in beiden Rechtsstreiten, daß beide Klagen auf einem und demselben Fundamente beruhen, — und daß die frühere Klage nicht etwa nur wie angebracht zurückgewiesen worden ist. Da indeß die Prüfung der Merkmale der in den verschiedenen Rechtsstreiten geltend gemachten Ansprüche zu dem Ende, um danach deren Identität oder Verschiedenheit zu ermessen, Sache der richterlichen Beurtheilung ist, so wird das Ergebniß einer solchen in der Regel dem Angriff mittelst einer Nichtigkeits-Beschwerde nicht leicht unterliegen [75]).

Von einer Identität des Sach- und Rechts-Verhältnisses, — mit welchem letzteren übrigens eine Abweichung in der Vertheidigung und in der Wahl der Beweismittel [76]) vereinbar

---

73) Vergl. darüber unter Anderem: Unger, System des österreich. allgem. Privatrechts, Bd. II §. 132 (S. 623 fg.).

74) Elias g. Simon [6162] 21/3 1840.

75) Marcus g. Heinsath [6022] 1/6 1839.

76) Auf einen Fall der letzteren Art bezieht sich die O. A. G. Entscheidung in Sachen Bartelmann g. Schenkel [2545] 16/8 1851, in Erw.: „daß die von dem appellatischen Ehemann vorgeschützte Einrede der entschiedenen Sache — dadurch nicht beseitigt werden kann, daß die in dem früheren Processe erfolgte Zurückweisung der Klage sich auf den, von dem damaligen Verklagten ausgeschworenen Diffessionseid über die klagenderseits producirten Schuldscheine stützt; — indem es bei der Begründung jener Einrede überall nicht darauf ankommt, daß in dem früheren Processe die Klägerin von einzelnen, ihr zu Gebote stehenden Beweismitteln, wie namentlich von der Eideszuschiebung, über das in der Klage behauptete Geschäft keinen Gebrauch gemacht hat; — dieselbe vielmehr lediglich davon abhängt, daß der erhobene Klaganspruch mit dem unter den streitenden Theilen bereits zur Entscheidung gekommenen auf gleicher rechtlicher Grundlage beruht; — an dem Vorhandenseyn dieser

erscheint, — war beispielsweise in nachfolgenden Fällen die Rede:

I. In Anwendung auf das Familienrecht wurde in dem Fall, wo der Ehemann wider die entfernt von ihm sich aufhaltende Ehefrau auf Rückkehr zu ihm geklagt hatte, mit der Klage aber zurückgewiesen worden war, dieser Entscheidung die denselben Antrag enthaltende später erhobene Klage entgegenstehend erachtet, in welcher die durch jenes Erkenntniß dem Kläger, wegen der von der Verklagtin in Bezug genommenen Mißhandlungen durch solchen, auferlegte Sicherheitsleistung nicht gestellt war [77]).

II. In Beziehung auf Obligations-Verhältnisse sind folgende Fälle anzuführen:

1. Wenn auf Leistung von Zinsen einer Hauptforderung rechtskräftig erkannt worden ist, so kann später der Schuldner die Verbindlichkeit hinsichtlich der letzteren nicht weiter bestreiten [78]).

Voraussetzung aber bei einer Vergleichung des Inhalts der beiden, von der Appellantin gegen die Appellaten resp. der Mitappellaten erhobenen, Klagen nicht zu zweifeln ist."

77) Banze g. B. [4704] 23/5 1857. (Annal. VI. 111 fg.)

78) So wurde erkannt, daß eine Entscheidung, durch welche die einer Klage auf Capitalzinsen von dem Verklagten mit der Behauptung, daß der Kläger auch das Capital nicht fordern könne, entgegen gesetzte Einrede des Scheinvertrags als unwirksam verworfen und die durch ein geeignetes Rechtsmittel nicht angefochten, sonach in Rechtskraft übergegangen war, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache in Beziehung auf die der weiteren Klage auf die Capital-Forderung selbst entgegengesetzte Einrede des Scheinvertrags begründe, weil durch das erstgedachte Erkenntniß unter denselben Parteien über die auch jetzt wieder angeregte Frage: ob die Capital-Forderung des Klägers durch diese Einrede zerstört sey? verneinend wieder den Verklagten entschieden worden sey", Schmincke g. Malkmus [6718] 16/5 1840. — Als sodann in Beziehung auf einige Klagposten rechtskräftig erkannt war, daß davon dem klagenden Theile Zinsen zu zahlen seyen, wurde erkannt, daß damit zugleich über den Rechtsbestand der Capitalposten selbst entschieden sey, da ohne denselben von Zinsen nicht die Rede seyn könne, Motz g. Spitz [8169] 7/3 1845; eben so in S. Rotenburg. Legatencasse g. Fürst v. Hohenlohe [6550] 1841; Homberg g. Metz [5140] 1858; dadurch wurde entschieden, daß ein Erkenntniß, welches den Verklagten zur Zahlung von Zinsen von einer als bestehend vorausgesetzten Hauptschuld rechtskräftig verurtheilt habe, das Bestehen auch dieser Schuld rechtskräftig und zwar dergestalt feststelle,

2. Wenn aus einem Rechtsverhältnisse auf rückständige Leistungen geklagt und auf solches rechtskräftig verurtheilend erkannt ist, so bezieht sich diese Wirkung auch auf die Verbindlichkeit aus jenem selbst [79]).

3. Ist umgekehrt eine auf einzelne rückständige Leistungen aus einem Vertrage gerichtete Klage etwa auf den Grund der vom Verklagten behaupteten Unwirksamkeit des Vertrags zurückgewiesen worden, so wird dadurch die Einrede der Rechtskraft gegen eine neue Klage auf weiter fällige Leistungen begründet, indem der allgemein verneinende Ausspruch über die Fortdauer der Giltigkeit des Vertrags, wenn er gleich dort nur Entscheidungsgrund war, damit nicht aufhörte, auch selbstständige Entscheidung im Allgemeinen und so auf das ganze Rechtsverhältniß in jedem einzelnen Falle anwendbar zu seyn [80]).

4. Beruht überhaupt eine Klage oder Einrede auf demselben Rechtsgeschäfte, worüber früher bereits entschieden worden ist, so steht auf jene die Rechtskraft zu beziehen, wenn auch ein anderer Gegenstand desselben Rechtsgeschäfts, z. B. der weiter fällig gewordene Theil des Kaufgelds, oder ein Jahresbetrag des an sich bestrittenen Auszugs (Leibgedinges) in Frage ist [81]).

5. In dem einer Klage auf rückständige Pachtgelder

---

daß selbst dann, wenn der Beklagte gegen dasjenige Rechtsgeschäft, auf welchem die Hauptschuld beruhe, aus irgend einem Grund restituirt zu werden verlangen könne, er doch diese Restitution in einem zweiten, auf Zahlung einer weiteren Zinsrate erhobenen Processe nicht mehr geltend machen dürfe, sondern zunächst das erste Urtheil beseitigen müsse; — Stern g. israelitische Gem. zu Marburg [5453] 1859; darin wurde die Rechtskraft der Feststellung der Capitalschuld durch ein Urtheil, wodurch nur zur Zinszahlung und zwar selbst in contumaciam verurtheilt worden war, angenommen.

79) Fisc. Pr. g. Hermann [9542] 5/11 1845. Hier hatte ein Hofdiener auf Belassung in seinem Diensteinkommen, aus dem er gesetzt worden war, später, in Folge seiner Wiedereinsetzung aber, auf Zahlung der Rückstände geklagt und ein rechtskräftig verurtheilendes Erkenntniß erwirkt. Es wurde angenommen, daß in dem zweiten Streit der Klaganspruch nicht weiter bestritten werden könne.

80) Ahrenhold g. Schnell [6663] 25/4 1840.

81) Sauerwein g. Oberwein, O. A. G. D. v. 10/12 1831. Vergl. l. 3, 5, 7 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2).

einredeweise entgegengesetzten Vorbringen, daß bereits früher eine Klage wegen solcher Rückstände, jedoch aus verschiedenen Jahren, erhoben worden sey, ist mithin alsdann ein zur Begründung der Einrede der entschiedenen Sache geeignetes Verhältniß zu finden, wenn diese die Behauptung enthält, daß in dem früheren Rechtsstreite über das Forderungsrecht selbst bereits entschieden sey [82]).

6. Als den auf Fortsetzung eines Processes gerichteten Anträgen die Einrede des Vergleichs dahin entgegen gesetzt war, „daß nach einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung der Beklagte die Hälfte der eingeklagten Forderung nebst einer gewissen Kostenquote zahle, Kläger aber von seinen Ansprüchen im Uebrigen abstehe", und diese Behauptung zu Beweis gestellt, der letztere sodann für geführt erkannt und darauf hin jene Anträge zurückgewiesen worden waren, — wurde dadurch nicht nur die Thatsache der Vergleichsabschließung und die Rechtswirksamkeit des abgeschlossenen Vergleichs [83]), sondern auch dessen angegebener Inhalt als rechtskräftig unter den Parteien feststehend mit der Wirkung angesehen, daß die aus dem Vergleiche selbst mittelst einer neuen Klage erhobenen materiellen Ansprüche weder durch Einwendungen gegen die Giltigkeit des ersteren, noch durch Bestreiten seines Inhalts ferner in Zweifel gezogen werden könne [84]).

7. Dem Erkenntniß, worin die Klage rücksichtlich der Illation einer Dos bei Eingehung der Ehe für unbegründet erklärt worden, wird dergestalt Rechtskraft beigelegt, daß solche auch dann, wenn die Zeit nach der Illation nicht dargethan wird, der Klage entgegen steht [85]).

8. Wenn durch ein rechtskräftiges Erkenntniß die Verbindlichkeit einer Ehefrau zur Zahlung der Hälfte der von einem Gläubiger wider sie und ihren Ehemann eingeklagten Summe ausgesprochen worden ist, so liegt darin die

---

82) Dippel g. Stadt Felsberg [4840] 22/12 1838.
83) Dies war vom Mittelgerichte angenommen.
84) Schmidt g. Goldschmidt [5122] 1858.
85) Weinberg g. Sippel [9216] 6/12 1845.

Entscheidung, daß die, der Regel nach über die nur subsidiäre Verbindlichkeit der Ehefrau zur Bezahlung der Ehestandsschulden (in Hessen) bestehenden particularrechtlichen Vorschriften auf die fragliche Forderung keine Anwendung finden [86]).

9. Ein volljähriger Mündel hatte die Verurtheilung seiner zwei Vormünder zur Zahlung bestimmter Summen mit der actio tutelae directa, jedoch ohne Solidar-Verbindlichkeit, erwirkt und darauf, nachdem die Insolvenz eines der Mitvormünder hervorgetreten war, von Neuem wider den andern Mitverklagten auf Grund der Solidar-Verbindlichkeit jedes der mehrern Vormünder auf Zahlung des Ausfalls geklagt, indem er sich auf die thatsächliche Feststellung des früheren Urtheils bezog. Die Rechtskraft des letzteren wurde angenommen [87]).

10. Als eine Geschwängerte, in Folge einer Provocation des angeblichen Schwängerers, die vom Gerichte zur Anstellung der Schwängerungsklage ihr gesetzte Frist ver-

---

86) Hosbach z. S. H. g. H. [574] 28/8 1848.

87) Die Einwendungen dawider waren folgende: 1. das jetzt von dem Kläger verfolgte Recht sey, da in dem ersten Proceß die Solidar-Verbindlichkeit nicht in Anspruch genommen sey, durch das frühere Urtheil consumirt. — Diese Einwendung wurde deshalb als unbegründet befunden, weil die vom Verklagten angeführten Rechtssätze über die Klagen-Consumtion nur im ältern Röm. Recht eine längst antiquirte gesetzliche Grundlage fänden, die nach den jetzt geltenden Rechtsprincipien hier Anwendung leidenden gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtskraft ergangener Erkenntnisse aber der wiederholten Klaganstellung unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Falls nicht entgegenständen, vergl. Archiv f. prakt. Rechtswissensch. V 50. 2. Eine Begründung durch den Inhalt des früheren Erkenntnisses sey nicht thunlich, da sich die Rechtskraft und Wirkung desselben auf die darin förmlich zur Entscheidung gelangten Puncte beschränke. — Dieser Einwand wurde gleichfalls für unbegründet erklärt: Die Fähigkeit der Rechtskraft beschränkt sich nach dem geltenden Recht nicht auf die, eine Verurtheilung oder Freisprechung enthaltenden Theile richterlicher Erkenntnisse, sondern erstreckt sich auch auf die, diesen Aussprüchen zur Voraussetzung und Grundlage dienenden, zwischen den Parteien streitig gewesenen und durch richterliche Entscheidung festgestellten, Rechtsverhältnisse selbst, und die solchergestalt rechtskräftig gerichtlich stattgefundenen Feststellungen von beiden Parteien bei künftigen Rechtsstreiten können nicht blos zur Begründung der Einrede der entschiedenen Sache, sondern auch zu Repliken und geeigneten Falles zur Begründung neuer Klagen benutzt werden, Fuchs g. Weidenbach [4075] 27/1 1856, vollständig mitgetheilt in den Annal. IV. 346 fg.

säumt hatte und in den Ungehorsam ewiges Stillschweigen ihr auferlegt, vor Ablauf der gedachten Frist aber ein, auf die Begründetheit seiner Vaterschaft gestütztes, Versprechen des Provocanten von ihr angenommen worden war, — wurde anerkannt, daß jene im Provocations-Proceß erfolgte Entscheidung, als eine rechtskräftige, alsdann der Klage der Geschwängerten aus diesem angenommenen Versprechen entgegenstehe, wenn das letztere mittelst der auf die Vaterschaft gegründeten Klage geltend gemacht worden sey [88]).

11. Lag der Widerklage, worauf die ergangene Entscheidung sich bezieht, dieselbe Intention, z. B. Auseinandersetzung über dieselben Vermögensmassen, resp. Herausgabe der betr. Antheile, zum Grunde, so ist jene Entscheidung an sich auch in Beziehung auf eine spätere Klage, welche dieselbe Richtung hat, rechtskräftig [89]).

12. War durch ein Erkenntniß über die Frage: ob und wieweit einem von mehreren Contrahenten ein Verzug in der Vertragsvollziehung zur Last falle, entschieden, so bildet dieser Ausspruch auch für eine spätere Klage, welcher eine abweichende

---

88) Schieber g. Heilmann [7964] 21/2 1844.

89) Keller g. K. [9508] 8/10 1845, in Erw.: „daß zu den Posten — die Einrede der entschiedenen Sache mit Recht als gegründet angenommen worden ist, — da die dermalige Klage mit der früher von der Mutter der klagenden Curanden, als deren Vormünderin, gegen die Verklagten angestellten Widerklage sowohl hinsichtlich des Gegenstandes, als des Klaggrundes als identisch erscheint; — indem, wenn gleich die in beiden enthaltenen Angaben der angeblich aus dem gemeinschaftlichen Erwerb gemachten Verwendungen und bezahlten Schulden zum Theil in den Summen von einander abweichen, doch die Intention der dermaligen Klage sowohl, wie die der frühern Widerklage überhaupt auf Auseinandersetzung der Gemeinschaft des angeblich noch ungetrennten K.'schen und D.'schen Vermögens und hiernächstige Herausgabe von $^{3}/_{6}$ des sich herausstellenden Antheils des gemeinschaftlichen Vaters gerichtet ist; — wobei es auch unerheblich erscheint, daß in der dermaligen Klage eine Geldsumme als Betrag dieser Quote ausgedrückt ist, da diese Summe auf theilweise unbestimmten Angaben der Verwendungen, worin der gemeinschaftliche Erwerb zum Theil bestanden haben soll, beruhet und auch auf Herausgabe der als den klagenden Curanden gebührend angeführten Summe nicht, sondern gedachtermaßen überhaupt auf Auseinandersetzung der angeblich bestandenen Gemeinschaft geklagt worden ist."

Annahme in jener Beziehung zum Grunde liegt, Rechtskraft, wenn auch über den dermalen erhobenen Anspruch selbst in dem früheren Processe nicht verhandelt worden seyn sollte [90]).

III. In Beziehung auf Besitz-, Eigenthums- und sonstige dingliche Verhältnisse mögen folgende Fälle als Beispiele dienen:

1. Wird im Petitorium, z. B. auf eine dahin gehörige Erbschaftsklage, rechtskräftig abweisend entschieden, so ist damit auch die ihr nachgefolgte Besitzklage des früher klagend aufgetretenen Theils zerstört [91]).

---

90) Butterweck g. Neumüller [2722] 15/5 1852. Der Fall war dieser: N. verspricht im Jan. 1847 dem B. eine gewisse Quantität Branntwein in zwei Terminen bis Pfingsten zu liefern und zwar wird, wie N. behauptet, bei der ersten Ablieferung (28/4) verabredet, daß B. den Tag der zweiten Ablieferung bestimmen solle. Als B. dieses unterläßt, klagt N. auf Zahlung des Preises für die zweite Lieferung. Der Verklagte bestreitet, daß Kläger bereit gewesen sey, vor Pfingsten (23/5 47) zu liefern; behauptet den 16/5 solchen zu dieser zeitigen Lieferung aufgefordert zu haben, wonach er seiner Verbindlichkeit v. 28/4 nachgekommen sey, indem er damals um Frist gebeten und solche erhalten habe. Wegen der Nichtlieferung bis Ende May hielt sich daher der Verklagte der Pflicht zur Annahme des Branntweins für enthoben. Das U. Gericht verurtheilt den Verkl. nach der Klagbitte. — Nunmehr erhebt aber dieser einen Entschädigungs-Anspruch gegen N., darauf gestützt, daß, wenn er den Branntwein zur richtigen Lieferungszeit gehabt hätte, er ihn zu noch höherm Preise an Abnehmer der Umgegend sogleich hätte verkaufen können, wogegen er später unter dem Einkaufspreis abgeschlagen sey. Das O. A. Gericht erklärt die Klage für ungegründet, in Erw.: „daß, wenn auch über den dermaligen Entschädigungsanspruch des Appellanten in dem frühern Streite nicht unmittelbar und ausdrücklich verhandelt und entschieden worden ist, — doch darin das in Rede stehende Vertragsverhältniß selbst und insbesondere die Frage: ob und in wieweit dem Einen oder Andern der Streittheile in Erfüllung des Vertrags ein Verzug zur Last falle, dahin festgestellt worden ist, daß Appellant als damaliger Verklagter die ihm vom Appellaten um die Zeit des 15. Juni 1847 angebotene Restlieferung des Branntweins zu 43 Ohm anzunehmen verweigert habe; — mit diesem rechtskräftig festgestellten Sachverhältnisse aber dasjenige im Widerspruche steht, auf welches Appellant seinen gegenwärtigen Entschädigungsanspruch gründet, — und bei dieser Lage der Sache ein vom Appellanten im ältern Streite in Beziehung auf diesen Anspruch etwa gemachter Vorbehalt als unerheblich erscheint; — daß — schon hiernach die Zurückweisung der Klage dem Kläger nicht zur Beschwerde gereicht."

91) „da im Allgemeinen ein auf eine petitorische Klage erfolgendes Er-

2. Ob und wieweit sodann in Beziehung auf Lehns- und Leihe-Verhältnisse ergangene Erkenntnisse für spätere Streitigkeiten rechtskräftig werden? wurde zum Theil bereits (S. 363 fg.) berührt, die Zulässigkeit der Feststellung der Leihequalität durch jene aber auch wiederholt in der Praxis anerkannt [92]). So ist insbesondere die Frage: ob, in Beziehung auf ein Weiberlehn, die nach dem Aussterben des Mannsstammes zur Lehnsfolge gelangten Cognaten ein wider die früheren Lehnsbesitzer, angeblichen Aftervasallen gegenüber, rechtskräftig ergangenes, das Recht auf das Lehen absprechendes, Erkenntniß wider sich selbst gelten lassen müssen? bejahend entschieden [93]); und eben so das Erkenntniß auf die Frage: ob eine Entscheidung in Betreff der Eigenschaft der Abgaben von Grundstücken, je nachdem sie auf einem Lehens- oder Erbpacht-Verhältnisse beruheten, erfolgt sey, für den späteren Streit in Betreff der Ablösbarkeit jener Lasten für bestimmend erachtet [94]).

---

kenntniß, soweit der mittelst derselben verfolgte Anspruch des klagenden Theils dadurch als ungegründet dargestellt wird, der Zulässigkeit einer späteren Besitzklage desselben Klägers gegen denselben Verklagten in Betreff des nämlichen Objects entgegen stehet und die Gründe, wodurch die Appellantin die vom Appellaten entgegengesetzte Einrede der entschiedenen Sache zu beseitigen versucht hat, hierzu als geeignet nicht angesehen werden können, — indem die Identität der Parteien in jenem und dem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht zu bezweifeln ist ꝛc.", v. Hundelshausen rel. g. v. H. [9759] 21/6 1845.

92) Melcher g. v. Lersner [7927] 21/12 1844.

92) Der einschlagende Rechtsfall ist abgedruckt in den Annal. Th. IV. S. 538—543.

94) Pfarrei Schwarzenberg g. Jacob [9990] 24/1 1846. Es war hier rechtskräftig erkannt, daß zwar die Zulässigkeit der Ablösung sämmtlicher auf einer Hufe haftenden Abgaben bestritten, einige derselben aber abzulösen seyen; wohingegen rücksichtlich einer andern der Antrag der Provocaten auf Ablösung zurückgewiesen war, gegen welchen letzteren Theil des Urtheils allein der Provocant appellirt hatte. Es wurde auch in Ansehung dieser Stelle der Entscheidung derselben Rechtskraft beigelegt, in Erw.: „daß die Frage, ob die auf der bezeichneten Hufe Landes haftenden Abgaben, auf deren Ablösung die Appellaten angetragen haben, auf ein Lehens- oder Erbpacht-Verhältniß sich gründen, durch den untergerichtlichen Bescheid — verneinend entschieden ist; — und die in dieser Beziehung von keiner der Parteien angefochtene, mithin rechtskräftig gewordene Entscheidung, auch auf die fragliche Holzabgabe, bei der Gleichheit des Grundes, Anwendung leiden muß; — daß es demnach lediglich darauf

3. Die Entscheidung über das rechtliche Bestehen oder Nichtbestehen auf Grundstücken ruhender Abgaben wird auch für spätere Streitigkeiten, wobei ein solcher Ausspruch erheblich ist, rechtskräftig [95]).

ankommt, ob das Recht des Appellanten auf diese letztere Abgabe als eine nach §. 2 des Ablös.-Gesetzes v. 23. Jun. 1832 von der Ablösung nicht ausgenommene Beholzigungsgerechtsame anzusehen ist; — daß aber diese Frage das O. Gericht mit Recht verneint hat."

95) Stadt Marburg g. Fisc. Pr. [9386] 6/9 1845, in Erw.: „daß — nachdem im erwähnten Rechtsstreite jene Befugniß und folgeweise das Recht des Appellaten, die Beede beizutreiben, mittelst der durch O. A. G. Bescheid vom — im Rest.-Verfahren erfolgten Zurückweisung der Negatorienklage der Appellantin anerkannt worden, der fernern Bestreitung der Verbindlichkeit derselben zur Entrichtung der Abgabe im Allgemeinen die Rechtskraft jenes Erkenntnisses entgegensteht, ohne daß es hierbei auf eine rechtskräftige Verwerfung der Retentionseinrede oder auf einen Verzicht auf dieselbe ankommt;" — Wiegrebe g. Fisc. Pr. [525] 1/3 1848, in Erw.: „daß wenn gleich nur der Verkauf der einen idealen Hälfte zu dem früher zwischen den Parteien verhandelten Rechtsstreit Veranlassung gab, doch die durch den O. G. Bescheid vom — rechtlich ausgesprochene Befreiung von der gedachten Abgabe auch für die andere Hälfte wirksam ist, indem die Zehntpfennigabgabe, wenn sie bestände, als ein Realrecht auf dem ganzen Grundstück ruhen würde, wie denn auch die Dispositive des gedachten Erkenntnisses eine Beschränkung auf die ideale Hälfte des Grundstückes nicht enthält;" — Wolff v. G. g. Gem. M. [8754] 7/5 1844: Eine Gemeinde bestreitet mit der actio negatoria einer Gutsherrschaft die Befugniß das von ihr angesprochene halbe Einzugsgeld von einem jeden Einzüger zu beziehen; es wird aber rechtskräftig erkannt, daß ihr nicht das Recht zustehe, den Verklagten jenes Recht zu bestreiten. Später beeinträchtigt aber die Gemeinde solches dadurch, daß sie die Einzüger durch Verweigerung der Ertheilung der Quittung über die an sie zu entrichtende Hälfte des Einzugsgeldes nöthigt, das ganze Einzugsgeld an sie zu zahlen. Die Gutsherrschaft klagt deßhalb gegen die Gemeinde mit Beziehung auf ihr Recht und auf jenes Judicat. Es entstand hier die Frage, welche Wirkung diese letztere Beziehung habe? Man nahm an, daß jene zwar nicht die der Vollziehbarkeit sey, weil das Judicat, dem damaligen Streitverhältniß zufolge, keine Verurtheilung enthalte. Die Klage wurde vielmehr als auf das zustehende Recht gestützt und zugleich als durch die Entscheidung sofort erwiesen angenommen (*), „da dieselbe eine zur Rechtskraft gelangte Entscheidung darüber enthält, daß der Appellantin (Familie W. v. G.) das betr. Recht zustehe und nach den in dem röm. Rechte begründeten Wirkungen des Judicats überall, wo es auf diesen Gegenstand für die Appellantin ankommt, als eine entscheidende Norm gegen die Appellatin gelten muß; weshalb es zur Begründung der vorliegenden

4. Und ein Gleiches gilt auch von andern, dingliche Natur an sich tragenden, Verhältnissen, welche auf Immobilien sich beziehen, wie Freiheit von Dienstbarkeiten oder Belastung mit solchen [96]).

IV. In processualischer Beziehung ist hier noch zu erwähnen, einmal: daß es unerheblich ist, ob die Entscheidung bei einem andern Gerichte, oder in einem andern Verfahren [97]) ertheilt wurde; sodann: ob die dem früheren Erkenntniß zum Grunde liegende Klage eine Widerklage, die jetzige eine Klage [98]), früher über die Widerklage entschieden war, dermalen aber es sich um eine, auf derselben Grundlage beruhende, Einrede, z. B. der Compensation, handelt [99]).

(confessorischen) Klage, neben der Bezugnahme auf das Judicat, der Angabe eines Grunds für den Erwerb des Rechts nicht bedurfte, — daß sodann eine Beeinträchtigung der Appellantin in der Ausübung ihres Rechts darin zu finden ist, daß die Appellatin auf die in der Klage angegebenen Weise die Einzüger nöthigt, das ganze Einzugsgeld an sie zu entrichten". (*) Es verhält sich hier ähnlich, wie wenn ein solches Recht durch Bezugnahme auf ein Saalbuch geltend gemacht wird. Hier wird auch das Recht durch das letztere nicht begründet; da aber diese Bücher öffentliche sind, so dienen sie, unter den sonstigen Voraussetzungen, zur vollständigen Nachweisung des Rechts, Univers. Marburg g. Lüttebrandt O. A. G. Erk. v. 1840.

96) Dietrich g. Salzmann [9638] 11/3 1846, in Erw.: „daß — da in dem in den apponirten Acten enthaltenen Bescheide die Freiheit der betr. Grundstücke des Appellaten von der vom dortigen Verklagten, dem Vater des Appellanten, angemaßten Ueberfahrt im Allgemeinen ausgesprochen worden ist, dieses Erkenntniß der Geltendmachung einer Servitut der Ueberfahrt in Beziehung auf sämmtliche Grundstücke, welche der letztere damals besaß, entgegensteht." — Es wird hierbei namentlich die Identität des Objects unterstellt, indem z. B. alsdann von einer Rechtskraft die Rede nicht seyn kann, wenn es im früheren Rechtsstreite von der Hutegerechtigkeit überhaupt, im dermaligen von einer ausschließlichen sich handelte, v. Buttlar g. Schafhalter zu Renda [3118] 22/10 1852.

97) z. B. im Bagatellproceß, Schminke g. Malkmus [6718] 16/5 1840.

98) Es kommt, wie früher bemerkt, vornämlich nur darauf an, daß Parteien, Intention, Sach- und Rechtsverhältnisse die nämlichen sind, Keller g. K. [9508] 8/10 1845.

99) Koch g. Luckhard [8274] 23/10 1844, in Erw.: „daß — die Einrede der Compensation — als verwerflich sich darstellt, — indem Appellat mit der auf dieselben Momente gestützten Widerklage durch die in dieser Beziehung rechtskräftig gewordenen Erkenntnisse der Gerichte der beiden vorigen Instanzen

§. 69.

2. Fälle des Nichtvorhandenseyns derselben.

Im Gegensatz zu den im vorigen §. erwähnten Fällen der Identität des Streitverhältnisses ist deren Mangel vorhanden und daher von einer Rechtskraft des Erkenntnisses nicht die Rede, wenn in der Klagbegründung eine Verschiedenheit sich zeigt; denn wiewohl z. B. die Identität einer Forderung an sich durch die verschiedene juristische Benennung oder Begründung der Klage nicht aufgehoben wird [100]), so leidet doch dieser Grundsatz in dem Fall keine Anwendung, wo z. B. von einander völlig abweichende Obligations-Verhältnisse und Klaggründe vorliegen [1]). Auch in andern Beziehungen ist das gleiche Prin-

---

wegen mangelnder Begründung des Anspruchs zurückgewiesen worden ist, — mithin hiernach zwischen den Parteien rechtskräftig feststeht, daß durch das zur Begründung der Widerklage wie der Einrede der Compensation in gleicher Weise Angeführte eine Forderung des Appellaten gegen die Appellanten nicht begründet werde; — indem, da dieselbe Frage bei der Widerklage, wie bei der Einrede zur Entscheidung vorlag, nach den von der Wirksamkeit rechtskräftiger Erkenntnisse geltenden Grundsätzen (l. 7 §. 4 D. de exc. rei jud. 44. 2) die hinsichtlich des einen Rechtsmittels zwischen denselben Parteien erfolgte Entscheidung auch für das andere zur Anwendung kommen muß." — Von demselben Gesichtspuncte ist ausgegangen in S. Reidel g. Eyring [4684] 1838; Schäfer g. Heß [6072] 1839.

100) l. 7 D. de exc. rei jud. (44. 2); l. 28 §. 4 D. de jurej. (12. 2).

1) Fisc. Pr. g. Jeppe, O. A. G. D. v. 1829; Hanau. Consist. g. Wagner, v. 9/5 1835; Schmidt g. s. Ehefr. [9575] 14/5 1844, in Erw.: „daß ein Erkenntniß wider den Inhalt der Acten und die in solchem ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen in dem angefochtenen O. G. Decrete nicht zu finden ist, indem jene Erkenntnisse nur das Verhältniß des Querulanten zu der Querulatin als Partei im Processe betreffen, während das vom O. Gerichte erlassene Mandat zur Beitreibung eines Kostenvorschusses von 10 Thlr. von dem Querulanten auf die Alimentationspflicht desselben als Ehemanns sich gründet, — wird die N.-Beschwerde als ungegründet zurückgewiesen;" — Fennel ux. g. Kapeller [4335] 15/11 1837, worin angenommen wurde, daß wenn in beiden Rechtsstreiten nur Identität des Klagfactums, nicht aber auch des Klaggrunds behauptet, in der zweiten Klage ein anderer, z. B. Constitut, statt des früher geltend gemachten Darlehns, in Bezug genommen sey, eine solche Klage zulässig erscheine, wenn auch die erste schlechthin zurückgewiesen wäre; — Heinzer g. Binzer [7560] 25/6 1842, in Erw.: „daß über den Gegenstand des Vergleichs eine richterliche Entscheidung noch keineswegs erfolgt war, da das zur

cip anerkannt. So konnte z. B. die Partei, welche mit der Ehescheidungsklage zurückgewiesen wurde, obwohl ihr im Allgemeinen hinreichende Ehescheidungsursachen zu beweisen auferlegt worden war, eine neue Klage aus andern Gründen, als die, welche den Gegenstand des versuchten Beweises ausgemacht hatten, anstellen [2]) und kann dieß auch heutigestags, wo die Angabe bestimmter Ehescheidungsgründe erfordert wird und nur diese zum Beweis ausgesetzt werden, um so mehr. So steht auch die Entscheidung der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils derjenigen auf Abfindung aus einem Ansatzvertrage nicht entgegen [3]).

Begründung dieser Behauptung in Bezug genommene Erkenntniß des Crim.-Senats des O. Gerichts — nur die Verbindlichkeit des Appellaten zur Entschädigung des Appellanten wegen der demselben zugefügten Mißhandlung ausgesprochen, nicht aber deren Betrag, welcher den Gegenstand des vorliegenden Vergleichs bildet, festgesetzt hatte;" — Dickhard g. Gem. Langendiebach [8851] 16/3 1844; hier war im früheren Bescheid auf Minderung des für eine Erbleihe zu leistenden Canons (für theilweise entbehrte Nutzungen) erkannt, die Ermittelung des Betrags aber einem Liquidations-Verfahren vorbehalten und vor Einleitung des letzteren der (alte) Canon eingeklagt worden; — Gem. Michelbach g. Weiershäuser [1169] 15/5 1849, in Erw.: „daß die Beschwerde verwerflich ist, weil, wenn gleich die dermalige Klage sich auf den Bescheid dieses (O. A.-) Gerichts gründet, sie doch nicht, wie die, über welche durch diesen Bescheid entschieden worden ist, die Theilnahme am Gemeindenutzen überhaupt, sondern nur das Interesse für die in gewissen Jahren nicht gestattete Theilnahme an demselben zum Gegenstande hat und daher diese Klage nicht als eine solche, worüber bereits rechtskräftig erkannt sey, anzusehen ist."

2) Krafft ux. g. ihr. Ehem. O. A. G. D. 23/11 1822.

3) Heuser g. H. [7939] 2/3 1844, in Erw.: „daß die vom Appellanten vorgeschützte Einrede — auch nicht als Einrede der entschiedenen Sache sich ansehen läßt, da die von den Appellaten früher angestellte Klage nicht nur durch O. G. Decr. v. 16/9 1836 und, in Gemäßheit dessen, durch den L. G. Besch. v. 18/2 1837 ausdrücklich für die auf bloße Ergänzung des Pflichttheils gerichtete Klage erklärt worden ist, sondern aus den Entscheidungsgründen zum O. G. Besch. v. 18/4 1840, durch welchen der frühere Rechtsstreit rechtskräftig entschieden ward, sich auch ergiebt, daß der Anspruch der Appellaten auf die gegenwärtig eingeklagte Abfindung aus dem Ansatzvertrage durch jene Verurtheilung unberührt geblieben ist, indem der Schätzungswerth der fraglichen Abfindung bei der Ausmittelung der zur Ergänzung der Pflichttheile von dem Appellanten zu zahlenden Beträge in Abzug gebracht werden sollte".

III. Processualische Wirkung der Rechtskraft.

§. 70.

A. Ueberhaupt.

Durch ein rechtskräftiges Erkenntniß wird im Allgemeinen zunächst der Rechtsstreit beendigt, so daß nach demselben entstehende Streitigkeiten den Charakter jenes nicht mehr an sich tragen[4]; Vergleiche über Ansprüche, welche durch jenes entschieden sind, unzulässig erscheinen[5]), — womit indeß nicht gesagt ist, daß Vergleiche über die durch die res judicata begründete Obligatio, Nachlaßverträge über rechtskräftig zuerkannte Forderungen, welche zur Vermeidung eines Concurses eingegangen sind, schlechthin für ausgeschlossen zu betrachten wären[6]). Nach rechtskräftig erfolgter Zurückweisung von Li-

---

4) So ist z. B. das Ablösungs-Verfahren durch den auf Ablösung erkennenden Bescheid geschlossen. Dieser Erfolg äußert sich namentlich dergestalt, daß der in jenem Verfahren als Vertreter des Staats aufgetretene Beamte dieß, ohne Substitution durch den Staatsanwalt, alsdann nicht mehr seyn darf, wenn hinterher noch über den Betrag der Ablösungs-Summe gestritten wird, Fisc. Pr. g. Zehntpfl. zu Dorheim [6658] 7/12 1839.

5) Paul. rec. sent. I. 1. 5; l. 1 D. de transact. (2. 15); l. 23 §. 1 D. de cond. ind. (12. 6); l. 7. 11 D. 2. 15; l. 32 C. 2. 4. — Rimbach g. v. Baumbach [8569] 1844. — In dem Decis. Cass. T. II dec. 205 wurde die Frage erörtert: ob ein außergerichtlicher Vergleich, wodurch Immobilien mit überlassen wurden, rechtsbeständig sey, wenn derselbe ganz oder zum Theil durch Tradition erfüllt wurde? Es kam hier nicht zu der vom Corref. 1 beantragten Auflage des Beweises des Vergleichs.

6) Annal. VI. 732 fg. (v. Dallwigk g. Spillner [4389] 6/1 1857). Hier wurde von der Klägerin ein auf 868 Thlr. gehender verurtheilender Endsbescheid wider vier Verklagte ausgewirkt. Zwei der letzteren machten im Wege der Restitution neue Einreden geltend und zeigten, in Folge gepflogener Verhandlungen hierüber, einen am 6/9 1854 zwischen ihnen und der Klägerin eingegangenen Vergleich an, wodurch der von ihnen zu zahlende Antheilsbetrag auf 250 Thlr. herabgesetzt war. Die Klägerin bestritt die Rechtsbeständigkeit dieses Vertrags und in der Mittelinstanz wurde auch derselbe deshalb für unwirksam (nichtig) erklärt, weil er post rem judicatam abgeschlossen sey. Auf die Appellation der gedachten beiden Mitverklagten reformirte aber das O. A. Gericht, in Erw.: „daß, wenn auch der eigentliche Vergleich einen noch unentschiedenen Rechtsstreit voraussetzt, dieser Grundsatz des röm. Rechts doch nicht die rechtliche Möglichkeit eines remissorischen Vertrags über rechtskräftig entschiedene Rechtsansprüche ausschließt; — hierin auch durch den demselben uneigentlich beigelegten Namen eines

quidationen im Concurse können die denselben zum Grunde gelegten Ansprüche, welche als neue Klagen sich darstellen, nur im Wege der Restitution gegen die Versäumung des peremtorischen Liquidations-Termins und die erfolgte Präclusion geltend gemacht werden [7]; und Capitalzinsen, welche nach Ertheilung eines rechtskräftigen Erkenntnisses laufen, vermöge der im letzteren liegenden Novation auch dann noch gefordert werden, wenn sie, in Verbindung mit den vor dem Urtheile fällig gewordenen, die Capitalsumme übersteigen und sie sind nur in soweit sie erst nach dem Urtheile fällig wurden, wieder an die gesetzliche Beschränkung auf den Capitalbetrag, insofern der Gläubiger wegen unterbliebener gehöriger Betreibung seiner Befriedigung bei dem weiteren Aufwachsen nicht außer Schuld ist, gebundem [8].

Im Näheren gelten hier folgende Grundsätze:

I. Derjenige, welchem durch ein Urtheil Etwas zuerkannt ist, hat zwei Wege, auf denen er zu dem Zugesprochenen gelangen kann; er hat

1. die actio rei judicatae, womit er die durch das Urtheil begründete Obligatio, und zwar auch soweit diese die Proceßkosten umfaßt [9], geltend macht. Das zur Entscheidung

---

Vergleichs nichts geändert wird; — der fragliche, als Vergleich bezeichnete, Vertrag aber, wenn derselbe auch, ungeachtet der von den Verklagten behaupteten, eine Anfechtung der rechtskräftigen Entscheidung möglich machenden, Thatsachen nicht als ein eigentlicher, jener Beschränkung nicht unterliegender, Vergleich betrachtet werden könnte, sich jedenfalls als ein derartiger Nachlaßvertrag darstellt und daher vom O. Gericht mit Unrecht ohne Weiteres als nichtig beseitigt worden ist."

7) Raßdorf. Lyceums-Rent. g. Schabelsch. Contrad. [8293] 9/9 1843; Deines g. Winter [6182] 1840; Neusüß g. N.'sch. Contr. [4040] 1837. — Anders verhält es sich wenn noch kein rechtskräftiges Definitiv-Erkenntniß ertheilt ist; in einem solchen Falle wurde das eine mangelhafte Liquidation wie angebracht zurückweisende Erkenntniß der Mittel-Instanz zeitig mittelst der Appellation angefochten und darauf reformatorisch erkannt, v. Buttlar g. v. B.'sch. Contrad. [3767] 1833.

8) Beier g. v. Malsburg [6532] 17/9 1842 (Annal. I. 814); vergl. Rechtsfr. v. 1837 S. 251 fg., 253 fg.; Pfeiffer, pr. Ausf. Th. VII. S. 53, 55, 64; Henkel, Rechtsf. 296.

9) Die Bestimmung derselben von Seiten des Proceßgerichts kommt nur

über diese Klage zuständige Gericht ist das gewöhnliche des Verklagten in erster Instanz und es entscheidet hierbei überall nicht, daß das Erkenntniß, worauf die Klage gegründet wird, von einem höheren Richter ertheilt wurde. Ist eine solche Judicatsklage, welche übrigens regelmäßig besonders bei Veränderungen in Beziehung auf den Gegenstand des Judicats vorkommen wird [10]), erhoben worden, so hat das zuständige Gericht, — vorausgesetzt, daß eine nähere Darlegung sowohl rücksichtlich der Identität der Streittheile [11]), als in Betreff der Natur und des Umfangs der früheren Entscheidung [12]) gegeben und die gehörige Eröffnung resp. Insinuation der letzteren an den Gegner [13]) außer Zweifel ist [14]), — darauf zu erkennen, nicht aber auf das dem früheren Judicate zum Grunde gelegene Rechtsverhältniß zurückzugehen und auf solches sein Erkenntniß zu beziehen, widrigenfalls, wenn auch nicht stets (S. 353), eine Nichtigkeit begangen wird.

2. Der Sieger im Rechtsstreite kann aber auch durch eine

---

in soweit in Betracht, als sie ein Beweismittel über das ertheilt, was durch die rechtskräftige Sentenz zuerkannt ist.

10) indem außerdem der zu 2. zu erwähnende Antrag als zweckmäßiger, weil rascher zum Ziele führend, erscheint.

11) v. Dalwigk g. v. D. [8465] 1826. Dadurch wurde angenommen, daß auf einen wider den Contradictor ergangenen Liquidations-Bescheid nach Aufhebung des Concurses die actio rei judicatae wider den Cridar oder dessen Erben nicht gegründet werden könne.

12) Gem. Willingshausen g. v. Schwertzell [1658] 22/1 1849, in Erw.: „daß die Klage, da sie sich als eine selbstständige actio judicati darstellt, zu ihrer Aufrechthaltung wesentlich, wo nicht die alsbaldige Production des Judicats, worauf sie gestützt resp. dessen Vollziehung verlangt wird, doch jedenfalls eine genauere, als die im Klagnachtrage gelieferte Geschichte des betreffenden Processes erfordert hätte, um die Natur und den Umfang dessen, was hierdurch entschieden resp. der klagenden Gemeinde zuerkannt ist, bemessen zu können."

13) insonderheit bei strafgerichtlichen über einen Civilpunct sich aussprechenden Erkenntnissen, wenn dawider appellirt war, Fisc. Pr. g. Busse [8416] 14/6 1843. — Es genügt eine nur zufällig erlangte Kenntniß nicht, Breidenbach g. Römer [5253] 1823; Schwarzenberg g. Gerlach [1700] 1829.

14) So wurde aus einer O. A. G. Entscheidung vom J. 1779, wodurch die Beitragspflicht einer Filialgemeinde zur Reparatur der Mutterkirche erkannt war, Klage erhoben und dieselbe zugelassen, Gem. Niederrodenbach g. Gem. Oberellenbach [7812] 14/6 1843.

einfache Imploration unmittelbar auf Vollziehung des ertheilten Erkenntnisses wider den Verurtheilten [15]) antragen und dieser Antrag muß bei dem Gerichte, welches das verurtheilende Erkenntniß erlassen hat, erfolgen, z. B. beim Appellationsrichter, wenn von diesem solches gegeben war.

II. Ist andererseits eine Partei in der Lage, wider Einreden aus einem rechtskräftigen Judicate sich vertheidigen zu müssen, so kann der Kläger zu dem Ende namentlich der Replik sich bedienen, daß der dem Erkenntnisse, worauf jener Einwand gestützt war, vorausgegangene Rechtsstreit nur in Folge vorher getroffener Vereinbarung beider Theile zur Erlangung eines bestimmten, jedoch nicht erreichten, Zwecks, überhaupt nur zum Schein, geführt worden sey, indem ein formell bestehendes Judicat nur durch dagegen zu ergreifende Rechtsmittel aus dem Weg zu räumen steht [16]).

§. 71.

B. Für den erkennenden unteren Richter.

Die früher (S. 262 fg.) erwähnte Unwiderruflichkeit der Entscheidungen im Allgemeinen hat ihre Bedeutung darin vornämlich, daß der Richter, von welchem sie ertheilt worden ist, nicht selbst solche zurückziehen, seine eigenen Aussprüche nicht reformiren kann, was besonders auch von dem Falle zu sagen ist, wo ein Nachfolger des Richters weiter zu erkennen hat [17]). Geschieht

---

15) nicht auch wider Dritte, da durch die res judicata der oben (S. 364) modificirten Regel gemäß, nur die Streittheile gebunden erscheinen, Krimmel g. Voß [9230] 13/12 1835.

16) Fuld. Leihhaus g. Rost v. R. [6036] 13/4 1839 (Annal. I. 453 fg.).

17) l. 55 D. de re jud. (42. 1): »Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit; et hoc jure utimur, ut judex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est:« l. 1 C. sent. resc. non pos. (7. 50): »Neque suam, neque decessoris sui sententiam quemquam posse retractare, in dubium non venit: nec necesse esse ab hujusmodi decreto interponere provocationem explorati juris est;« l. 9 C. de sent. et interl. (7. 45): »Post sententiam, quae finibus certis concluditur, ab eo, qui pronunciaverat, vel ejus

jenes gleichwohl, so begeht damit der Richter eine Nichtigkeit [18]). Es gilt das namentlich von der Nichtbeachtung oder Beseitigung ertheilter Beweis-Interlocute (S. 259). Abweichend von der strengeren Ansicht mancher Rechtslehrer [19]), wonach ein rechtskräftiges Beweis-Interlocut den Rechtsstreit gleichsam eventuell entscheiden soll, dergestalt, daß das endliche Erkenntniß einzig und allein von der Führung des Beweises abhängt, ist in der oberstrichterlichen hessischen Praxis davon ausgegangen, daß die Rechtskraft der Beweis-Interlocute zwar darin bestehe, daß dadurch die Beweislast als entschieden sich darstelle, und das fernere Verfahren auf dieser Grundlage fortgesetzt werden müsse [20]), daneben aber doch den dem Interlocute vorangesetzten Entscheidungsgründen die Bedeutung der Rechtskraft in dem früher (S. 351 fg.) bemerkten Sinne nicht versagt. Und dieser Sinn des Beweis-Interlocuts hat auch durch die neuere Gesetzgebung in Hessen für den interloquirenden Richter eine Aenderung nicht erfahren. Denn wenn in dem Gesetz vom 16. Sept. 1834 §. 35, im Einklang mit der im vorausgehenden §. enthaltenen Beschränkung der Appellation und Nichtigkeits-Beschwerde auf die verurtheilenden und zurückweisenden Enderkenntnisse, auf die einen Haupteid auflegenden Vorerkenntnisse und auf gewisse weitere jenen gleichgestellte Entscheidungen, welche sowohl im Laufe des Verfahrens, als nach Ertheilung des Ends-

---

successore, de quaestione, que jam decisa est, statuta rei judicatae non obtinent auctoritatem.«

18) Eichler g. Geh, O. A. G. D. v. 19/4 1823; Reese g. Piepenbrink, 1824; Kunzemann g. Pf. Hebel [9137] 24/12 1843; Block g. Thielemann [6936] 21/9 42; in welchem letzteren Urtheile der obige Satz in dem Falle ausgesprochen wurde, wo der Richter sein eigenes Erkenntniß selbst, wegen Mangels seiner Competenz, aufgehoben hatte.

19) Reinhard, Handb. Th. 1 §. 155; Weber, v. d. Beweisl. S. 29; Mittermaier, bürg. Proc. II S. 122; Gensler im Archiv f. civ. Pr. Th. 1 S. 368.

20) So hat man den Satz, daß Einreden, welche im Beweisinterlocute übergangen worden sind, für stillschweigend verworfen erachtet werden müßten, nicht allgemein angenommen, sondern in jedem einzelnen Falle beurtheilt, ob aus dem, was ausdrücklich erkannt worden, die Entscheidung über einen nicht berührten Punct von selbst und mit Nothwendigkeit folge, Keim g. K., 1824, 1827; Buri g. Fellner [3073] 1835.

bescheids ergangen sind, bestimmt wird: daß gegen andere richterliche Aussprüche, welche im Laufe des Processes ergehend auf dessen Fortsetzung sich beziehen, weder die Appellation noch die Nichtigkeits-Beschwerde ergriffen werden soll, solche Bescheide oder Decrete aber auch für den höheren Richter keine verbindende Kraft haben sollen, — so bleibt danach der Unterrichter immerhin an die von ihm ertheilten Bescheide mit alleiniger Ausnahme der auf weitere Vernehmlassung gerichteten, blos prälocutorischen und daher der Rechtskraft nicht fähigen, gebunden. Und in so fern daher derselbe, mit Nichtbeachtung des Mangels der Klagbegründung, durch Ertheilung eines Beweis-Interlocuts dem Rechtsstreit eine neue Grundlage gegeben hat, darf er ein mit diesem Bescheide im Widerspruche stehendes Erkenntniß nicht ertheilen; verstößt er aber gleichwohl dawider, so hat dieß nicht blos für ihn disciplinarische Ahndung des oberen Richters [21]), sondern selbst die Nichtigkeit dieses letzteren Erkenntnisses zur Folge [22]), ohne daß ein bei dem letzteren

---

21) Des Verf.'s N. Samml. Th. I S. 109.

22) Porbeck g. Steinbrecher [6662] 1840; Schüler z. S. Ruhl g. B. [7242] 1841; Gundlach g. Ziegler [8349] 18/11 1843, in Erw.: „daß die — Beschwerde begründet erscheint, indem der Einwand des Querulanten, worüber demselben im Interlocut — Beweis nachgelassen wurde, hiernach offenbar als eine die erhobene Klage zerstörende Einrede angesehen worden ist, — das J. Amt aber, indem es im angefochtenen Endsbescheide, mit Uebergehung des dem Querulanten nachgelassenen und von ihm — angetretenen Beweises, aussprach, daß es auf die Behauptung, worüber demselben dieser Beweis ausdrücklich nachgelassen worden, nicht ankomme, mit seinem eigenen Interlocute in Widerspruch trat und sich dadurch allerdings einer Nichtigkeit schuldig machte; da nach dem §. 35 a. a. O. Interlocute und andere Bescheide, gegen welche weder die Appellation noch die N.-Beschwerde stattfindet, nur für den höheren Richter keine bindende Kraft haben." — Eben so wurde erkannt in Beziehung auf eine nicht appellabele Sache, Kunzemann g. Pf. Hebel [9137] 24/12 1843; Jäger g. Dörrbecker [3689] 19/5 1838. Hier hatte das U. Gericht auf Beweis erkannt, danach aber die Klage wegen Mangels eines Grundes zurückgewiesen, das O. A. Gericht entschied, daß es bei diesem, „in der Uebergehung eines rechtskräftigen Interlocuts liegenden, selbstständigen Nichtigkeitsgrunde, darauf, ob die Voraussetzung eines solchen auf ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung oder auf rechtlicher Beurtheilung beruhe, nicht ankomme"; Fisc. Pr. g. Möller [9185] 23/1 1844, in Erw.: „daß die in dem Bescheide v. 27/4 1842 normirten Beweissätze die Begründung der querulatischen Klage keineswegs blos von der behaupteten

stattgehabter Irrthum solches zu rechtfertigen geeignet wäre[23]). Da in Folge der Appellation wider einen zur Anfechtung geeigneten Bescheid die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts suspendirt wird, so folgt daraus, daß dasselbe vor Erledigung jenes Rechtsmittels nicht, dem gedachten Bescheide entsprechend, forthandeln, z. B. den auferlegten Eid nicht abnehmen darf, und es stellt sich, wenn dieß gleichwohl geschieht, auch dieses Erkenntniß als auf einer nichtigen Grundlage beruhend dar[24]), wohingegen, wenn zwar nach der Anzeige, aber vor der Geltendmachung der Appellations-Beschwerde, ein Erkenntniß erging, solches der Rechtskraft allerdings unterliegt[25]).

§. 72.

C. Für den oberen Richter.

Während nach dem Bisherigen in Hessen die im Laufe des Processes ergehenden und auf dessen Fortsetzung sich beziehenden richterlichen Aussprüche (Bescheide oder Decrete) für den unteren Richter verbindend sind, besteht diese Wirkung derselben für den höheren an sich nicht. Damit sie jedoch solche nicht erlangen, wird,

---

Verwendung der angegebenen Holzquantitäten abhängig machen, vielmehr die Eingehung des Rechtsgeschäfts selbst, neben den beiden weiteren alternativen Beweissätzen, copulativ zu Beweis gestellt ist, — und daß demnach der Bescheid vom 21/5 1842, indem derselbe den über die Eingehung des Rechtsgeschäfts zugeschobenen und referirten Eid nicht zugleich, neben dem über die Verwendung abzuleistenden, dem Querulaten auflegt, mit dem früheren, für den Richter, welcher denselben ertheilt hat, bindenden Bescheide im Widerspruche steht und daher in so weit als nichtig erscheint, — wird der Bescheid des O. Gerichts dahin abgeändert: daß dem Querulaten, neben dem über die Verwendung regulirten Eid, zugleich der über den 1. Beweissatz aufzulegen und sodann weiter in der Sache w. R. zu erkennen sey." — Vergl. Rechtsfreund in Hessen v. J. 1837 S. 132.

23) Hebeler g. Schäfer [1066] 16/6 1849, in Erw.: „daß der vom O.-Gerichte erlassene Bescheid, wenn er auch in seiner Fassung auf einem sich sofort von selbst ergebenden factischen Irrthume beruhete, nach dem klaren Inhalte der Gesetze, namentlich der l. 42, 55, 62 D. 42. 1; l. 1 pr. D. 49. 8; l. 1 C. 7. 50, doch nicht von demselben Gerichte wieder abgeändert werden durfte und demnach der Bescheid des O. Gerichts vom — sich als nichtig herausstellt."

24) Arnd g. Henrich [7631] 23/4 1842.

25) Hettche'sch. Vorm. [6463] 12/5 1840.

nachdem der Zeitpunct eingetreten ist, zu welchem die Prüfung des Verfahrens und der Entscheidung des unteren Richters von jenem begehrt werden kann, erfordert, daß wider dergleichen Vorerkenntnisse in der gehörigen Richtung und im entsprechenden Umfange Beschwerde erhoben ist. Zu dem Ende sollen bei Berufungen gegen die einen Haupteid auflegenden Erkenntnisse alle Beschwerden, zu welchen das vorhergehende Verfahren Veranlassung gibt, geltend gemacht werden [26]). Wie daher jeder Partei das Recht zusteht, schon wider einen auf die Ausschwörung eines solchen Eides erkennenden Bescheid zu appelliren, so liegt ihr auch die Pflicht ob, zur Beseitigung der sonst eintretenden Rechtskraft, ihre Beschwerden über alle Puncte, wodurch sie sich etwa bis dahin für in ihren Rechten verletzt erachtet, aus Veranlassung jenes Bescheids vorzubringen [27]). Sie

---

26) Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 29. Es gilt jedoch diese Vorschrift nur, wenn die Beschwerden auf denselben Klagpunct sich beziehen, des Verf.'s N. Samml. v. O. A. G. Entsch. Th. I S. 112.

27) N. Samml. a. a. O. S. 111. Diese Pflicht tritt auch dann ein, wenn der Gegenstand der Eidesleistung selbst an und für sich keine Beschwerde für die sich gravirt erachtende Partei enthält, jene vielmehr nur auf andere Puncte sich bezieht, eben das. S. 113; wenn gleich allerdings das mit der Beschwerde zu verbindende Gesuch auch auf Beseitigung des appellabeln Erkenntnisses selbst, nicht blos auf Aufhebung der ihm vorausgegangenen zu richten ist, eben das. S. 115. — War bereits vor oder zur Zeit der Einführung der Appellation wider einen anfechtbaren Vorbescheid ein Enderkenntniß ertheilt, es wurde aber jenes Rechtsmittel auf Beseitigung des letzteren nicht mit gerichtet, so ist dann jene Berufung unstatthaft, eben das. S. 115 Note 167; Knips g. Wankel [2143] 22/6 1848, in welchem Falle vor Einführung der Nichtigkeits-Beschwerde, nach Ausschwörung des Eides, das endliche Erkenntniß ertheilt, solches aber nicht angefochten war. Als sodann in einem andern Falle zur Zeit der Einreichung der nur wider den appellabeln Vorbescheid gerichteten Beschwerde der Endsbescheid dem Querulanten schon insinuirt war, wurde angenommen, daß dieser Bescheid, welcher durch die Anfechtung des Vorbescheids nicht beseitigt werden könne, der Statthaftigkeit jenes Rechtsmittels entgegen stehe und der Mangel der Richtung des letzteren zugleich gegen den Endsbescheid auch durch die nur wider den Ablauf der Appell.-Einführungsfrist ausgewirkte Restitution nicht beseitigt werden könne, Koch g. Noll [1672] 22/1 1849; vergl. auch: Enders g. Heller [8400] 11/11 1845; Brückmann g. B. [7829] 11/6 1842. — Wenn dagegen erst nach der Einführung der Appellation die Ableistung des Haupteides, so wie das endliche Erkenntniß dem jenen Eid auflegenden gefolgt ist, so hat dann die unterbliebene Anfechtung, vorausgesetzt, daß keine Anerkennung

hat daher insonderheit die Beschwerdeführung wider das dem appellabeln Bescheide vorausgegangene Beweis=Interlocut zu richten [28]).

Die Wirkung der Einführung des devolutiven Rechtsmittels besteht alsdann darin, daß die Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses in dem Umfange ausgesetzt bleibt, in welchem Beschwerden geltend gemacht worden sind, und daß umgekehrt, wenn die Richtung der Beschwerde die Nichtanfechtung der dem weiteren Verfahren zum Grunde liegenden Vorerkenntnisse erkennen läßt, auch der Appellationsrichter zu einer deshalbigen Prüfung keine Veranlassung finden kann. Bestreiten also beide Theile in der Appellations=Instanz die Richtigkeit der über den Klaggrund vom vorigen Richter gemachten Beweisauflage nicht, erkennen sie vielmehr solche als angemessen an, so hängt nun die Entscheidung der Sache lediglich davon ab, ob der Kläger diesen Beweis in gehöriger und genügender Weise angetreten und geführt hat [29]). Die unterbliebene oder beschränkte Anfechtung der früheren Entscheidungen, neben der der appellabeln, hat demnach in soweit, als diese Unterlassung vorliegt, regelmäßig für die nicht als beschwerend erachtete Vorverfügung oder Entscheidung den Eintritt der Rechtskraft zur Folge, und es stellt sich daher die nach Ertheilung eines späteren (Inhäsiv=) Erkenntnisses auf jene mit bezogene

---

vorliegt, auf die Zulassung der Appellation gegen den Eidsbescheid keinen Einfluß, N. Samml. a. a. O. S. 115 Note 168, 169. Ueber die beiden letzten Sätze vergl.: Schmalstich g. S. rc. [392] 1835; Sahler g. Mahlfeld, 1842; Lühmann g. H. [9069] 1844; Eidam g. Möller [9910] 1846.

28) N. Samml. a. a. O. S. 111 Note 158, 159. — Nach dem vor dem Gesetz v. 16. Sept. 1834 bestandenen hessischen Proceßrechte setzte den oberen Richter nur die absolute Unerheblichkeit der in einem Interlocute zu Beweis gestellten Thatsachen, ungeachtet der einem solchen vor jenem Gesetze beiwohnenden Rechtskraft, in die Lage, das Beweis=Interlocut ganz oder zum Theil unberücksichtigt zu lassen, Knierim g. K. [4452] 12/6 1838; Decis. Cass. T. I dec. 85 n. 10 (p. 307), oder dasselbe zu erweitern, Decis. Cass. T. II d. 231 n. 20 (p. 272).

29) N. Samml. a. a. O. S. 116—118 und die hier in den Not. 170—181 erwähnten Beispiele; eben so erkannt in Sachen v. Meyerfeld g. Stift K. [8555] 2/10 1844; Michaelis g. Mark [7905] 15/6 1842; darin wurde eine beim O. A. Gericht erfolgte Anfechtung des Beweisinterlocuts deshalb für unstatthaft er=

Berufung als unstatthat dar [30]). Nur in soweit, als durch Aufstellung von Beschwerden gewisse Streitpuncte an den oberen Richter devolvirt sind, erscheint mithin der letztere als in der freien Beurtheilung einer Appellation wider ein derselben fähiges Erkenntniß hinsichtlich der in den bisher erfolgten Entscheidungen enthaltenen Beschwerdepuncte unbeschränkt, weshalb denn solche Vorbescheide, welche gar nicht angefochten worden sind, darum, weil dadurch die Bitte überschritten werden würde, nicht abgeändert werden können [31]). Damit ist nicht ausgeschlossen: einmal, daß wenn der Endsbescheid eine unrichtige Folge des den Haupteid auflegenden Bescheids enthält, selbst bei rechtskräftig gewordener Eidesregulirung, ein in Folge derselben ertheiltes Enderkenntniß noch Gegenstand einer reformatorischen Entscheidung seyn kann [32]); so wie: daß die Anerkennung eines anfechtbaren Bescheides auf solchen nur so wie er ertheilt worden, nicht aber auch auf die Veränderung, welche in Folge eines gegen jenen ergriffenen Rechtsmittels mit demselben vorgegangen ist, sich bezieht; weshalb, wenn der appellabele Eidsbescheid auf die Appellation eines Theils rechtlich beseitigt wird, in Folge einer späteren Berufung Seitens des andern Theils wider eine jenem Erkenntnisse gefolgte Entscheidung der rechtlichen Beurtheilung der dem Eidsbescheide vorausgegangenen Vorerkenntnisse Rechtskraft nicht entgegen steht [33]).

---

klärt, weil Appellant in seiner Erklärung auf die Appellation in v. Instanz den Antrag auf Bestätigung der dort angefochtenen Entscheidung gestellt und damit das Beweisinterlocut anerkannt hatte; Schaub g. Heinmöller [9860] 7/5 1846; hier hatte der Appellant seine beim O. Gericht angebrachte Beschwerde auf das gebrauchte Beweismittel der Eidesdelation beschränkt und der Appellat in seiner Erklärung auf Bestätigung der angefochtenen Amtsbescheide, mithin auch auf die darin liegende Bestätigung des Beweis-Interlocuts, angetragen; es wurde angenommen, daß das O. Gericht, nach den Verhandlungen in der Appell.-Instanz, sich nicht in der Lage befunden habe, die rechtliche Begründung der Klage seiner Beurtheilung zu unterziehen.

30) N. Samml. a. a. O. S. 117 N. 176, 177.

31) Eben das., S. 119 N. 183. Vergl. die vorletzte Note.

32) Eben das. S. 119 N. 184.

33) Eben das. S. 119—122 u. Belege unter den Not. 185, 186, wozu

Diese von der Appellation geltenden Grundsätze leiden nun auch im Allgemeinen auf die Beantwortung resp. Beschwerdeführung des Appellaten durch Adhäsion oder selbstständige Appellation Anwendung. Von dem oberen Gerichte soll nämlich auf die unter Wahrung der Appellations-Formalien eingebrachte Appellations-Schrift, deren Mittheilung an den Appellaten zur Vernehmlassung verfügt ꝛc. werden [34]). Hier können nun die beiden Fälle eintreten:

1. Entweder der Appellat hat keinen Grund, durch das vom Gegner unmittelbar angegriffene Erkenntniß seinerseits sich für verletzt zu erachten. Dann ist, da der Ausgang der Berufung des Appellanten nicht zu ermessen steht und damit der von diesem angefochtene appellabele Bescheid aufrecht erhalten bleibe, ihm, als appellatischem Theile gestattet, die Rechtsbeständigkeit dieses Bescheids auch mittelst Ausführung der Unerheblichkeit oder Unrichtigkeit der den höheren Richter nicht bindenden Vorerkenntnisse zu vertheidigen und er ist hierzu verpflichtet, da außerdem der Appellationsrichter diese letzteren Vorbescheide zu beseitigen nicht im Stande sich befindet. Die Art und Weise, auf welche er diese eventuellen Beschwerden geltend macht, ist die, daß er gegen die Anerkennung der Grundlage bei Beurtheilung jener Vorerkenntnisse protestirt, z. B. in der Erklärungsschrift zu erkennen gibt, daß er sich bei dem ergangenen Beweis-Interlocut nicht beruhigen wolle [35]).

2. Oder er findet sich durch das vom Gegner mit der Appellation angegriffene Erkenntniß ebenwohl verletzt; dann kann er, mittelst der Adhäsion, die Abänderung des letzteren bezweckende Anträge stellen, vorausgesetzt, daß die Appellation statthaft, insonderheit erwachsen [36]) und daß, bei theilbarem Objecte und mehrern Streitgenossen, die Adhäsion wider die-

---

weiter kamen: v. Meyerfeld g. Stift K. [9963] 1848; Isenburg B. g. Gem. Wittgenborn [718] 1/7 1848.

34) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 39.

35) N. Samml. a. a. O. S. 124—126.

36) Eben das. S. 127 Not. 198; Knauf g. Siebert [7545] 4/12 1841. Die Adhäsion fällt danach von selbst weg, wenn obige Voraussetzung nicht vorliegt.

jenigen der letzteren, welche appellirt haben, gerichtet ist [37]). Dabei kommt es nicht sowohl [38]) auf das Vorhandenseyn eines gravamen commune, nicht auf die Gleichartigkeit der Intention beider Theile, als vielmehr darauf an, daß zu einer solchen Adhäsion durch die Richtung der Appellation Anlaß gegeben worden ist [39]). Zuläßig ist hiernach die Adhäsiv-Beschwerde des Appellaten, wenn nur deren Geltendmachung nicht die Rechtskraft einer früheren Entscheidung oder eine Anerkennung von Seiten des Appellaten entgegen steht [40]); daher wurde sie z. B. in der Richtung gegen die Beweisauflage für statthaft erachtet, ungeachtet der appellantische Theil bei Anfechtung des Endsbescheids eben dieß Beweis-Interlocut anerkannt hatte [41]); ferner

---

37) Eben das. S. 127 N. 199.

38) Nach der älteren Praxis, eben das. Not. 200 fg., verhielt sich dieß anders.

39) Eben das. S. 130; — Gunkel g. Hix [8189] 1843; Fisc. Pr. g. Eberhard [9178] 2/9 1848, in Erw.: „daß die Adhäsivbeschwerden des Appellaten nicht als zuläßig zu betrachten sind, da die Appellanten den O. G. Bescheid nur in Ansehung des ihnen dadurch aberkannten Entschädigungsbetrags und soweit sie mit ihrer Klage angebrachtermaßen abgewiesen worden, angefochten, haben, mithin die gegen die Verurtheilung hinsichtlich der den Appellanten zuerkannten Entschädigung gerichteten Adhäsivbeschwerden einen vom Gegenstand der Appellation verschiedenen Punct der obergerichtlichen Entscheidung betreffen."

40) v. Hutten g. Siemon [2665] 8/6 1852; Gem. Weiterode g. Breitenbach [1872] 20/5 1851, in Erw.: „daß — die Statthaftigkeit der appellatischen Adhäsivbeschwerde, Einwendens ungeachtet, anzunehmen ist, da diese Statthaftigkeit keineswegs durch eine Identität des Streitpuncts, welchen die Beschwerden beider Theile zum Gegenstand haben, bedingt ist, vielmehr nach dem Proceßgesetze vom 16. Sept. 1834 und dem sich hieraus gebildet habenden Gerichtsgebrauche eine Adhäsivbeschwerde auch dann als zuläßig erscheint, wenn die appellantische Beschwerde dem Appellaten hierzu Anlaß giebt und der Geltendmachung der Adhäsion nicht die Rechtskraft einer früheren Entscheidung oder eine Anerkennungshandlung Seitens des Appellaten entgegensteht; eben so in S. Schirmer g. Pf. Hertingshausen, 1851.

41) Gem. Mittelbuchen g. Ruppel [1870] 6/7 1849, in Erw.: „daß durch die von der Appellantin gegen den Endsbescheid ergriffene Appellation dessen Rechtskraft für beide Theile ausgeschlossen wurde und es demzufolge dem Appellaten zustand, noch seine Beschwerden gegen dieses Erkenntniß in 2. Instanz geltend zu machen, ohne daß er hierbei auf die appellantischen Beschwerdenpuncte beschränkt, mithin also auch von einer Anfechtung des der Rechtskraft für die

als, ungeachtet der Beschränkung der Appellation auf das Resultat der Beweisführung, vom Appellaten wider das Beweis-Interlocut die Adhäsiv-Beschwerde gerichtet[42]), nach der durch den Appellanten erfolgten Anfechtung des Eidsbescheids, vom Appellaten adhärirend die Zurückweisung der Klage verlangt wurde[43]) rc.[44]).

Neben diesen defensiven und aggressiven Mitteln seine Rechte zu wahren, steht sodann dem Appellaten in der letzteren Hinsicht auch die Befugniß zur selbstständigen Appellation (reciproke Appellation) zu, wobei erfordert wird, daß das angegriffene Erkenntniß für beide Theile appellabel ist[45]).

§. 73.

D. In Beziehung auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Rechtsmitteln wider rechtskräftige Urtheile.

Gegen eine der Rechtskraft fähige, namentlich auf zweiseitige Verhandlungen ertheilte, Entscheidung kann

1. eine Remonstration bei dem erkennenden Gerichte nicht geltend gemacht[46]), es kann aber auch

2. gegen eine rechtskräftig gewordene eine Appellation bei dem höheren Gerichte nicht eingewendet werden[47]); wie denn auch in Beziehung auf die s. g. Conflict-Erhebung

---

höhere Instanz an sich nicht fähigen Beweis-Interlocuts durch die appellantischerseits erfolgte Anerkennung des letzteren nicht abgehalten war; — daß die von den Appellaten gegen die Regulirung des Beweises erhobene Beschwerde nothwendig zu einer Prüfung der Begründung der von demselben angebrachten Liquidation führte und das Gericht v. Instanz in seinem Urtheile hierüber an die Anträge der Parteien nicht für gebunden erachtet werden kann."

42) N. Samml. a. a. O. S. 128 Not. 204.

43) Eben das. Not. 206.

44) Ueber weitere Beispiele der Statthaftigkeit und im Gegensatz dazu, der Unstatthaftigkeit der Adhäsivbeschwerde: eben das. S. 128—132.

45) Eben das. S. 126.

46) v. Möller g. Balde [7088] 2/9 1840.

47) Levy g. Schmidt [7826] 16/5 1843; Lion g. Rollmann [8906] 21/6 1843.

angenommen wurde, daß sie durch die eingetretene Rechtskraft der betreffenden Entscheidung ausgeschlossen sey [48].

3. Durch die Beschwerde über „unheilbare Nullität" andererseits soll, wie früher bemerkt, ein rechtskräftiger Bescheid angefochten und also die beendigte Streitsache von Neuem zur Cognition gezogen werden können [49].

4. Mittelst der Restitution [50] dahingegen läßt sich das rechtskräftige Erkenntniß jedoch nur in so weit beseitigen, als das angegangene Gericht solches ertheilt hat, und, bei vorausgegangener Appellation ꝛc. an dasselbe, zu ertheilen in der Lage war [51].

§. 74.

IV. Anwendung der Grundsätze rücksichtlich der Rechtskraft auf:

A. Erkenntnisse ausländischer Gerichte.

Die Frage, inwieweit ausländischen Entscheidungen Vollziehung im Inlande zu gewähren sey? ist durch das Vorhandenseyn der Rechtskraft derselben mit bedingt. In Hessen sind die hierbei in Betracht kommenden Grundsätze durch gesetzliche Vorschrift [52], — wonach die Vollziehbarkeit solcher Erkenntnisse von der Competenz des inländischen Gerichts und der Wahrung des Princips der Wechselseitigkeit abhängig ist, — normirt, und durch die solche näher bestimmende oberstrichterliche Praxis [53] specieller bezeichnet worden. Das vom auswärtigen um Vollziehung anzugehende inländische Gericht ist nun danach das be-

---

48) Vergl. über das Nähere: Annal. III, 601; IV, 412 fg.

49) Proceßordn. v. 5. Sept. 1745 §. 3.

50) Die bloße Einwendung suspendirt die Rechtskraft des Bescheides nicht, v. Hundelshausen g. Büding [9256] 7/12 1844.

51) Rimbach g. v. Baumbach [9924] 8/10 1845, in Erw.: „daß — dieses Erkenntniß, weil solches durch die gedachte Appellation nicht zur Beurtheilung in der gegenwärtigen Instanz gelangt ist, auch nicht dahier mittelst Restitution gegen den auf dieselbe ertheilten Bescheid beseitigt werden, vielmehr davon erst nach vorgängiger Beseitigung des dem letzteren zum Grunde liegenden Judicats die Rede seyn kann."

52) Verordn. v. 26. April 1826.

53) Vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. III. Abth. 1 S. 1—27.

treffende Ober= [54]) Gericht und der Gegenstand des Ersuchens, weil auf Vollziehung eines Judicats gerichtet, Justizsache [55]). Das hier im Näheren in Betracht kommende Resultat jener Praxis ist kürzlich das folgende: Die bis zum Erscheinen des gedachten Gesetzes schon üblich gewesene Rechtshilfe soll nach demselben, vorausgesetzt, daß sie in Beziehung auf „rechtskräftige oder in letzter Instanz erfolgte" civilgerichtliche ausländische Urtheile begehrt wird, vom requirirten Richter deshalb, weil er nur aus Auftrag des requirirenden handelt und zur Instanz sich nicht umschaffen darf, nicht von seiner Prüfung des materiellen Rechtsbestandes des Ausspruchs abhängig gemacht werden. Er hat namentlich alsdann nicht die Befugniß, die Rechtskraft der Entscheidung nach den ausländischen Rechtsnormen seiner Cognition zu unterziehen:

1. wenn das Vorhandenseyn der Rechtskraft von dem re=

54) Verordn. a. a. O. §. 3. — Wohl deshalb ist nur dieses zu requiriren, weil die hier in Betracht kommenden internationalen Verhältnisse, Wahrung der Reciprocität 2c., von allseitiger umfassender Prüfung abhängig erscheinen.

55) Vor dem J. 1848 war hierüber kein Zweifel. Durch das in diesem Jahre ergangene Gerichtsorg.=Gesetz v. 31. Oct. wurde die Eigenschaft der Richter= und Verwaltungsbehörden getrennt und im §. 80, nach französischer Schablone, einer s. g. Ordnungskammer die Entscheidung über die Vollziehbarkeit auswärtiger Erkenntnisse überwiesen; es wurde also solche als Sache der Justizadministration anerkannt. Diese Anordnung erfuhr zwar in der späteren Gesetzgebung keine ausdrückliche Aenderung; durch das provisor. Gesetz v. 22. Jul. 1851 §. 11 wurden indeß den O. G. Direktoren die im §. 87 des Gesetzes von 1848 aufgeführten Geschäfte der ehemaligen Ordnungskammer, als Directorial=Functionen, übertragen. Der Functionen im alleg. §. 80 war zwar dabei nicht gedacht; wegen der erfolgten Aufhebung der Ordnungskammer wurde jedoch angenommen, daß auch diese Thätigkeit den O. G. Direktoren zustehe. Dies blieb indeß nicht ohne Widerspruch. Es entstand also die Frage: ob nunmehr in der That jene Entscheidung aufgehört habe, Justizsache zu seyn? Sie wurde aber verneint, Annal. Th. IV. S. 636: Eine Partei stellte, auf ein auswärtiges Erkenntniß gestützt, die actio judicati gegen einen hessischen Unterthan an; die Gerichte der beiden ersten Instanzen wiesen die Klage zurück, weil es sich dabei um die Vollziehung eines ausländischen Erkenntnisses handle, die nur nach den Vorschriften der Verordn. v. 26. Apr. 1826 erfolgen könne. Das O. A. Gericht aber erklärte die Klage für zulässig. Danach wird man also anzunehmen haben, daß die Entscheidung des O. G. Directors, hätte er das auswärtige Judicat für vollziehbar erklärt, wirkungslos seyn, — wäre er aber, wie im erwähnten Falle, gar nicht um jene angegangen, überflüssig werden müßte.

quirenden Gerichte ausdrücklich versichert worden ist; läge aber Zweifel darüber vor, ob das Erkenntniß des ausländischen Gerichts wirklich rechtskräftig geworden, das dawider eingewendete Rechtsmittel etwa noch nicht erledigt sey, so erscheint das Gericht, wider dessen Entscheidung Beschwerde erhoben worden ist, als zur Bescheinigung der eingetretenen Rechtskraft ermächtigt;

2. wenn das Erkenntniß, gleichviel, ob dasselbe auf zweiseitige Verhandlungen oder in den Ungehorsam der belangten Partei erfolgte, in Rechtskraft überzugehen geeignet war. Ohne daß unbeglaubigte Gegenbescheinigungen Berücksichtigung finden können, hat nun die Erklärung des requirirenden Gerichtes dahin, daß das Erkenntniß rechtskräftig sey, die Wirkung, daß dadurch selbst der in der Incompetenz des die Insinuation jener Entscheidung veranlassenden Gerichts liegende Mangel geheilt und namentlich in dieser speciellen Richtung die Prüfung Seitens des requirirten Gerichtes ausgeschlossen wird.

3. Wäre dagegen das requirirte Gericht durch die Einsicht des Erkenntnisses zu der rechtlichen Ueberzeugung gelangt, daß solches der Beschreitung der Rechtskraft unfähig, als eine zur Vollziehung geeignete richterliche Entscheidung also nicht zu betrachten sey, so hat dieß, in so fern jene Annahme aus dem in dem betreffenden ausländischen Gebietstheile geltenden Proceßrechte selbst abgeleitet zu werden vermag, die Ablehnung der Requisition zur Folge [56]).

§. 75.

B. Nichtcivilgerichtliche Verfügungen und Entscheidungen.

Dahin gehören namentlich

1. diejenigen Verfügungen, welche im Wege der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgewirkt worden sind. In Ermangelung der Voraussetzungen einer rechtskräftigen Entscheidung vermag durch solche deren Wirkung nicht erzeugt zu werden. Dieß gilt insonderheit von der Verfügung, wodurch ein Vertrag über Immobilien von dem Richter, welchem die Handhabung

56) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 7 fg.

dieses demselben überwiesenen Zweigs der Gerichtsbarkeit obliegt, bestätigt wird, indem mit der Vollziehung dieses Actes nur ein Mittel der Bestärkung des Vertrags geschaffen wird [57]).

2. Die strafgerichtlichen Urtheile. Das Verhältniß, welches rücksichtlich der Befugniß des Strafgerichts auch über civilrechtliche Fragen zu entscheiden besteht [58]), hat sich in Hessen dahin ausgebildet, daß im Allgemeinen die Zuständigkeit jenes, unter näheren Modificationen, außer Zweifel ist. Allerdings gehört die Civil-, insonderheit die Entschädigungs-Frage an sich vor das Civilgericht und das Strafgericht hat darüber nur wegen der Connexität mit der Strafsache zu erkennen. Wenn gleich daher der verurtheilende Ausspruch des Strafgerichts über den Civilpunct kein Straferkenntniß ist [59]) und daher auch auf dieses Urtheil eine Vollziehungs-Imploration oder Judicatsklage beim competenten Civilgerichte gegründet werden kann [60]), so nimmt gleichwohl diese Entscheidung die Natur der Strafurtheile an und erlangt insofern die Fähigkeit, rechtskräftig zu werden [61]), womit man folgeweise die Vollziehung vor dem Civilgerichte für vereinbar erachtete [62]). Indessen knüpfte man doch schon in

57) Casseler Schreiner-Todtencasse g. Gainsch. Gl. [5061] 1838; Fisc. Pr. [9723] 1845; Pfingsten g. Fisc. Pr. [6961] 19/2 1842. In dieser letzteren Sache insbesondere wurde erkannt, daß Entscheidungen, wodurch auf angezeigte Ablösungs-Verträge die gerichtliche Bestätigung ertheilt worden, nicht rechtskräftig würden, vielmehr als Verträge zu beurtheilen seyen und es wurde demgemäß eine Auslegung ihres Inhaltes nach für zulässig erkannt.

58) Vergl. darüber des Verf.'s Beweis durch Schrifturk. Th. II. S. 245.

59) Schaumburg g. Löwe [9670] 1826.

60) Hohmann g. Gem. Hilgershausen [3940] 1833. — Absolut nothwendig ist es denn auch nicht, daß der Civilpunct vom Strafgericht entschieden werde; vielmehr kann der Beschädigte ihn mittelst Anstellung einer eigenen Civilklage geltend machen, wie dieß z. B. zugelassen wurde in S. Girsch g. Fuchs [7001] 1841; Neidthardt g. Häfner [6995] 1841.

61) Stübel Crim.-Verf. S. 3230 fg. Dies beschränkt sich nicht auf den Adhäsions-Proceß.

62) und zwar sowohl wider den Verurtheilten, als dessen Erben. Als, was jenen Fall betrifft, mittelst einer Judicatsklage die Vollziehung eines Strafurtheils beim Civilgericht betrieben wurde und aus den apponirten Strafacten sich ergab, daß jenes Urtheil dem Angeklagten verkündigt, in höchster Instanz auch die Berufung dawider zurückgewiesen, der eingewendeten Nichtigkeits-Beschwerde aber Suspensiv-Wirkung nicht gewährt war, wurde die Bestrei-

früherer Zeit die Wirkung der Rechtskraft der Strafurtheile an die Voraussetzung, daß ihre Grundlage, was namentlich die Beweisfrage anlangt, auch nach den Grundsätzen des Civilprocesses als ausreichend zu betrachten sey [63]). Die in der neuern Zeit ergangene gesetzliche Vorschrift [64]), wonach, unter näher angegebenen Voraussetzungen, den in Strafsachen erfolgten Contumacial-Erkenntnissen Wirkung beigelegt wird, veranlaßte indeß eine nähere Prüfung der Frage: welche Folge den im Civilverfahren in Bezug genommenen Strafurtheilen überhaupt beizulegen sey? Das Resultat [65]) ist kürzlich folgendes: Da bei

---

tung der Rechtskraft verworfen, Hupfeld g. Fisc. Pr. [1459] 14/10 1848. — In dem andern Falle wurde die Vollziehbarkeit des Strafurtheils in Ansehung des Civilpuncts vor dem Civilgerichte gegen die Erben des Verurtheilten anerkannt, nachdem dieser vor Verkündigung des in Ansehung jenes Puncts bestätigenden Urtheils gestorben und gegen die Erben der Civilanspruch erfolgt war, Fisc. Pr. g. Busse [8416] 14/6 1843. — Eine Veränderung der Umstände kann übrigens die Vollziehung des Judicats nach dessen speciellem Inhalte unthunlich machen, sofern eine nova causa eintritt und eine nova quaestio zu entscheiden ist; indem daran die frühere rechtskräftige Entscheidung einer andern Frage nichts zu hindern vermag, Mevius III. dec. 344; VI. dec. 256: Gönner, Handb. III. S. 442, 487. Darauf hin können also Einwendungen, z. B. auch Compensations-Einreden, noch im Executions-Verfahren dem rechtskräftigen Judicate entgegen gesetzt werden, v. Hundelshausen g. v. H. [913] 26/8 1848.

63) v. Bodenhausen g. Fahrenbach [9855] 23/9 1846, in Erw.: „daß — eben so wenig auf das in Bezug genommene polizeigerichtliche Erkenntniß die Einrede der entschiedenen Sache gegründet werden kann, indem durch dasselbe nur über die Frage, ob ein Strafgesetz übertreten worden, entschieden und durch eine solche Entscheidung so wenig, als ꝛc. — Privatrechts-Ansprüchen präjudicirt wird;" — Berger g. s. Ehefr. [6590] 11/2 1840; in diesem Falle wurde das wider einen Ehegatten wegen Ehebruchs ergangene Strafurtheil nur um deswillen für ein rechtskräftiges Erkenntniß erkannt, weil man dabei erwog, daß nach dem Zeugniß verschiedener Auskunftspersonen, welche ein außergerichtliches Bekenntniß des Bezüchtigten in Beziehung auf die incriminirte That bekundet hatten, der Verdacht einer jenem Bekenntniß zum Grund liegenden Collusion beider Theile ausgeschlossen, die Voraussetzung also vorhanden sey, unter welcher auch im Civilverfahren einem solchen Geständniß Gewicht beigelegt werde. Vergl. im Näheren: des Verf.'s Ehesch.-Recht §. 52 (S. 271).

64) Gesetz v. 31. Oct. 1848 §. 55; v. 22. Jul. 1851 §. 43.

65) Vergl. darüber: des Verf.'s Beweis durch Schrifturk. Th. I. S. 208, II. S. 248; letztere Stelle besonders auch rücksichtlich der Literatur.

dem Verhältnisse der Strafgerichts- zur Civilgerichts-Pflege in der letzteren über einen Gegenstand, worüber in jener bereits erkannt worden ist, widersprechend entschieden werden kann, so muß dem Strafurtheile in solchem Falle die Bedeutung einer das betreffende thatsächliche Verhältniß selbst feststellenden, auch für die folgende Beurtheilung des Civilrichters, mit Ausschluß wiederholter Erörterungen, bindenden richterlichen Entscheidung, also nicht etwa nur die eines bloßen Beweismittels beigelegt werden[66]. Man wird jedoch diese Annahme einer Modification namentlich insofern unterwerfen müssen, als, wenn dergleichen factische Feststellungen des Strafrichters präjudicielle Civilrechts-Verhältnisse betreffen, hier die bindende Kraft des Strafurtheils auf die Feststellung des rein Thatsächlichen, z. B. daß die Frau bei Eingehung der Ehe von einem Dritten schwanger gewesen ꝛc., einzuschränken und die juristische Beurtheilung dieses Sachverhältnisses einer späteren civilgerichtlichen Cognition offen zu halten ist, — so wie, daß jene Wirkung des Strafurtheils für die nachfolgende Beurtheilung des Civilrichters nur insoweit anerkannt werden darf, als der Gegenstand des Civilprocesses mit der Criminalsache einen innern Zusammenhang hat, es sich also um eine sachlich connexe civilrechtliche Folge des strafrichterlichen Ausspruchs handelt[67].

Kapitel XXII.

§. 75.

Actenwidrigkeit des Urtheils.

a. Allgemeine Grundsätze.

Die Lehre des römischen Rechts, daß der Richter seinem Urtheile keine andere Grundlage zu geben habe, als welche die

---

66) Es wird jedoch hierbei der Fall unterstellt, wo dieselbe Handlung sowohl den Thatbestand eines öffentlichen strafbaren Verbrechens enthält, als auch Privatansprüche auf Entschädigung für den dadurch Verletzten begründet werden und es sich für den Civilrichter nur um Beurtheilung der privatrechtlichen Folgen des Verbrechens handelt; da hier die Feststellungen des Strafrichters über die That die factische Grundlage auch für den Civilrichter constatiren sollen.

67) Des Verf.'s Beweis durch Schrifturk. Th. II. S. 249 fg.

Verhandlungen, die Acten, darbieten [68]), ist in Civil- [69]) Streitigkeiten maaßgebend. Es soll demnach von ihm auf Umstände, welche zu den Acten nicht gebracht worden sind [70]), selbst dann keine Rücksicht genommen werden, wenn sein Gewissen mit dem Inhalt der letzteren im Widerspruch sich befände [71]). Davon ist denn auch in der hessischen Praxis stets ausgegangen [72]).

I. Wenn hier von Actenwidrigkeit die Rede ist, so wird

---

68) l. 6 §. 1 D. de offic. praes. (1. 18): »Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur et ideo praeses provinciae id sequatur, quod convenit eum ex fide eorum quae probabuntur.«

69) In peinlichen Sachen waren die älteren Canonisten der Ansicht, daß, wenn der Richter nach den „Händeln" (Acten) den Inquisiten für schuldig, nach seinem Gewissen aber für unschuldig erachten müsse, er dem letzteren zu folgen habe, auf daß nicht ein Unschuldiger getödtet werde, c. 1 X. de off. ord. (1. 31). Danach sollen die Bischöfe, wenn sie adulteria et scelera untersuchen, ein publicum auxilium zusammenberufen »non ad praejudicandum, sed potius ad ea, quae Deo sunt placita prosequendum.« Vergl. dazu die Glosse.

70) l. 17 D. de fideicom. libert. (7. 4); hier ist von dem Fall die Rede, wo der Richter unrichtiger Weise, statt auf das Klagobject (servus), auf dessen Werth erkennt.

71) Chil. König, Practica u. Proc. Cap. 102 §. 6: „Vnd das vrteil sol vnd muß den Gerichtlichen acten vnd den hendeln, wie die ins Gericht einbracht gleichmessig gesprochen werden. — Denn es ist ein thörlicher Richter, der auff das, so für jhm in Gerichte nicht einbracht ist, erkennet. Das hat also wol eine meinung, wo der Richter kein ander wissen oder conscientien der sachen hat, denn souiel er aus den acten nimpt. Wie aber wenn der Richter fürwahr weiß, das sichs dermaß nicht helt, wie für jhm fürgebracht vnd beweiset ist, sol er denn auch nach denselbigen acten sprechen, oder sich nach seinem gewissen oder conscientien halten?" Es wird die erste Alternative bejaht, die letztere verneint, „denn die einbringung der hendel vnd die beweisunge geschihet jhm, als einem Richter, Nu richtet er als ein Richter, vnd nicht als ein mensch —. Vnd darumb, so gleich der Richter ein anders in seinem gewissen hat, denn für jhm beweiset ist, das sol er sich nicht jrren lassen, und dieselbigen gewissen ablegen, vnd sich nach den Rechten halten, die da ordnen, das der Richter nach dem, wie fürgebracht, vrteiln sol. — Alßdann richt nicht der Richter wider seine gewissen, denn es sagt selbst der Mund der warheit, In zweyen oder dreyen Munden stehet alles gezeugnis," Deut. 19. etc.

72) Decis. Cass. T. II. dec. 106 n. 7: »Judex autem non supplere, nec ejus rationem habere debet, quod in facto consistit et de quo in actis non adparet«; Ludovici diss. de jud. extra acta aliquid asserente, §. 4.

dabei vorausgesetzt, daß der Verstoß auf einen wesentlichen Theil des Inhalts der Acten sich bezieht [73]); sie kommt also nicht in Betracht, wenn nur ein Widerstreit mit unerheblichen Angaben vorliegt [74]), oder derselbe wegen anderer, aus den Acten sich ergebender Momente als unschädlich sich darstellt, — wenn z. B. durch das nicht actengemäße Factum der Klaggrund nicht verändert [75]), oder zwar actenwidrig eine Eidesweigerung angenommen, dennoch aber der Beweis in anderer Weise als erbracht anzusehen ist [76]), — wenn also überhaupt, neben der Actenwidrigkeit, ein Grund bestehen bleibt, auf welchen hin die richterliche Beurtheilung entscheidend war [77]).

---

73) Hebeler g. Schäfer [1066] O. A. G. D. v. 16/6 1849.

74) Rabe g. Hellwig [2294] 24/9 1850, in Erw.: „daß die behauptete Actenwidrigkeit unerfindlich ist, indem namentlich die Unterstellung in dem angefochtenen Bescheide, daß der Querulant sich die ganze Forderung des M. an W. im Betrage von — habe überweisen lassen, während die Ueberweisung nur auf einen Theil dieser Forderung lautet, blos auf einer Ungenauigkeit des Ausdrucks beruht, auf die Entscheidung selbst aber nicht den mindesten Einfluß geäußert hat."

75) Bräutigam g. Werner [8281] O. A. G. D. v. 12/5 1842, in Erw.: „daß Querulant eine Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht dargelegt hat, indem namentlich in der behaupteten Zulassung einer Beschränkung der von dem Querulaten erhobenen Klage, da hierdurch der Klaggrund nicht verändert wird, eine Actenwidrigkeit so wenig, als eine Verletzung der Grundregeln des Processes zu finden ist."

76) v. Spiegel g. v. Zurwesten [4896] 1838, in Erw.: „daß, wenn auch das Obergericht im Widerspruch mit den Acten den vom Querulaten über den ihnen auferlegten Beweis zugeschobenen Schiedseid für verweigert gehalten haben sollte, hieraus noch keine Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung zu folgern steht, da diese letztere zunächst auf die Erbringung des angenommenen Beweises durch die Urkunden gestützt worden ist."

77) v. Biedenfeld g. Levi [1887] O. A. G. D. v. 26/1 1850, in Erw.: „daß soviel die — Nichtigkeitsbeschwerde betrifft, in dem Bescheide des Justizamts — zunächst angenommen worden ist, daß die von den Querulanten angegebenen hypothek. Schulden als solche nicht genügend bezeichnet und begründet seyen und sodann weiter die Darlegung eines Auftrags oder der Zustimmung des H. zur Verwendung des Kaufgeldes auf Abtragung der hypoth. Schulden vermißt und demzufolge die vorgeschützte Zahlungseinrede verworfen worden ist; — hiernach aber diese Entscheidung nicht lediglich auf der allerdings actenwidrigen Annahme einer mangelnden Beauftragung oder Zustimmung des H.

II. Zwar bildet das Judicat selbst einen Theil der Acten und daher wäre an sich ein Verstoß wider jenes auch ein solcher gegen diese. Aus dem weitergehenden Umfange der Actenwidrigkeit, als der des Verstoßes wider Erkenntnisse ist, erhellt aber die Nothwendigkeit der abgesonderten Beurtheilung jener. Wird also, in Anwendung der aus dieser Verschiedenheit sich ergebenden Grundsätze, aus einem rechtskräftigen Judicate geklagt, vom Gerichte aber angenommen, daß das ursprüngliche, solchem unterbreitet gewesene, Rechtsverhältniß der neuen Klage zum Grund gelegt worden sey, so liegt dann eine Actenwidrigkeit vor, welche die letzte Sentenz nichtig macht [78]).

III. Die Actenwidrigkeit setzt aber im Näheren voraus:

1. daß das Erkenntniß gegen klare Stellen der Acten — der Angaben der Parteien, des Beweismaterials — verstößt, sey es, daß das Gegentheil von diesem als feststehend angenommen, oder, daß der Inhalt der Acten nicht berücksichtigt worden ist. Wird also z. B. wider die klare Bestimmung eines mit der

---

beruht; — vielmehr, auch abgesehen von dieser, schon wegen der Unterstellung ungenügender Angabe und Begründung der angeblich abgetragenen Hypothekschulden als ertheilt anzusehen ist; — hinsichtlich dieses letzteren, der richterlichen Beurtheilung anheim fallenden, Grundes aber eine Nichtigkeit nicht vorliegt; — — mithin die wegen Actenwidrigkeit des andern Grundes der angefochtenen Entscheidung erhobene Beschwerde zu einer Abänderung nicht führen kann."

78) Otto g. Ewald [948] 4/8 1847, in Erw.: „daß — die querulantische Klage auf ein rechtskräftiges Erkenntniß sich stützt, woran die damit verbundene Angabe des ursprünglichen Schuldgrunds um so weniger etwas zu ändern vermag, als die eingeklagte Forderung besonders hinsichtlich des terminus a quo der Zinsen lediglich im Judicat ihre Begründung findet und deshalb die Annahme des Obergerichts, es sey nicht blos aus einer rechtskräftigen Entscheidung geklagt, sondern das ganze ursprüngliche Obligations-Verhältniß in judicium deducirt, und es müsse daher auf die sonstige Begründung des abgetretenen Anspruchs zurückgegangen werden, mit dem klaren Inhalte der Acten im Widerspruche steht, die hierauf gestützte Entscheidung daher als nichtig sich darstellt; — daß, was die solchemnach in dieser Instanz vorzunehmende Beurtheilung der Beschwerden des Querulaten in v. Instanz betrifft, da nach dem Ausgeführten die erfolgte rechtskräftige Verurtheilung des Querulaten die Grundlage für den vorliegenden Anspruch abgiebt, auch die gegen die Klage aus dem Kaufvertrage vorgebrachten Einwendungen nicht mehr berücksichtigt werden können ꝛc."

Proceßschrift vorgelegten Vertrags [79]), einer Rechnung [80]) ꝛc. verstoßen, — ein höherer, als der geforderte Zinsbetrag zuerkannt [81]), — in Beziehung auf die Begründung eines Restitutionsgesuchs eine Verletzung gegen den Inhalt der Acten angenommen ꝛc. [82]), — so liegen alsdann dergleichen Verstöße und daher Nichtigkeiten vor. Vorausgesetzt wird zwar hierbei eine gehörige Darlegung jener [83]); die Beurtheilung der dabei in

---

79) Gem. Imshausen g. v. Trott [7344] 2/4 1842: Eine Nichtigkeit wegen Entscheidung gegen den Inhalt der Acten ist nur dann anzunehmen, wenn jener Inhalt nicht einer verschiedenen Auslegung fähig und daher die letztere nicht als ein Act richterlicher Beurtheilung aufzufassen ist; — Epstein g. Giesel [8216] O. A. G. D. v. 23/12 1843, in Erw.: „daß — die erwähnte Entscheidung deshalb als nichtig sich darstellt, weil der gedachte Vertrag den Querulaten, außer dem nicht in Frage stehenden Restbetrage von 50 fl., nicht zu einer weiteren Geldleistung, sondern zunächst nur zur Abtretung der darin bezeichneten Obligationen verpflichtet und das Untergericht, indem dasselbe diese klare Bestimmung des Vertrags unbeachtet ließ und den geforderten Geldbetrag für liquid erklärte, actenwidrig erkannte."

80) Wiegand g. St. Fulda [1133] 11/11 1847, in Erw.: „daß — dieses letztere (daß gegen den Inhalt der Acten verstoßen sey) auch der Fall ist, indem in dem angefochtenen Erkenntnisse nicht allein die auf den mit der Klage vorgelegten Auszug aus der Rechnung — gegründete Behauptung der Querulanten unberücksichtigt geblieben, daß ꝛc. —; sondern auch die weiter aus den Acten sich ergebende Eigenschaft der gedachten Rechnung als einer besondern, für sich abgeschlossenen Rechnung nicht beachtet und im Widerspruch mit dieser Eigenschaft angenommen worden ist, daß ꝛc."; ders. g. dies. [1271] 21/10 1848.

81) Israel g. Lotz [8911] 22/8 1843, in Erw.: „daß — in der Zuerkennung von 5 pCt. Zinsen ein Verstoß gegen den klaren Inhalt des Klagvorbringens liegt, indem der Querulat, in Gemäßheit des zum Grunde liegenden Zinsenversprechens, in der oben gedachten Urkunde nur 4 pCt. gefordert hat."

82) Wiegand g. Stadt Fulda [1180] 5/7 1848.

83) Jungheim g. Günste [6770] 6/11 1839, in Erw.: „daß — bei der angebrachten Nichtigkeitsbeschwerde, welche auf einen angeblichen Verstoß gegen den Inhalt der Acten gegründet wird, nicht dargelegt worden ist, daß das angefochtene Erkenntniß auf einer actenwidrigen Unterstellung beruhe, indem aus den Entscheidungsgründen sich ergiebt, daß die Klage als Erbtheilungsklage nicht für gehörig angebracht angesehen worden ist, und als Erbschaftsklage in ihrer Richtung auf Herausgabe der Hälfte des in Rede stehenden Nachlasses, womit das Verlangen der eidlichen Specification in Verbindung steht, deshalb keine Beachtung gefunden hat, weil von der Querulantin die Erklärung abgegeben sey, solche nicht anstellen zu wollen; in dem weiteren Entscheidungsgrunde aber nur die auf Nichtigsprechung eines Vertrags gerichtete Intention der Querulantin an

Betracht kommenden factischen Momente schließt indeß überall, wo von ihr die Rede seyn kann, die Nichtigkeit aus. Fälle dieser Art liegen beispielsweise vor; wenn es sich darum handelt, ob ein Vertrag so wie behauptet worden zu Stande gekommen sey [84]), — es also um dessen Auslegung sich handelt [85]); — oder Parteivorträge überhaupt zu einer verschiedenartigen Auf-

---

sich, gesondert von dem erwähnten, zur Erbschaftsklage gehörigen, Antrage beurtheilt worden ist, — wird die N.-Beschwerde als ungegründet zurückgewiesen."

84) Ofenberg g. Krüger [901] 2/6 1847, in Erw.: „daß wenn auch aus der in der Klage, unter Bezugnahme auf die beigefügten Urkunden, geltend gemachten Eingehung eines Darlehnsvertrags die Behauptung entnommen werden könnte, daß dies Geschäft, was durch die Auszahlung des geliehenen Geldes erst begründet wird, auf die in den producirten Urkunden erwähnte Weise zu Stande gekommen sey und der Querulant die Auszahlung der Beträge, welche er hiernach an Dritte bezahlen sollte, bewirkt habe, sich doch aus der auf einer Beurtheilung der hier eintretenden factischen Momente beruhenden gegentheiligen Annahme des Obergerichts ein Verstoß gegen den klaren Inhalt der Acten nicht herleiten läßt."

94) Herzog v. Ratibor g. Lindenauer Erblehnleute [1428] 14/10 1848, in Erw.: „daß die erhobene N.-Beschwerde sich als ungegründet darstellt, — indem die Querulaten durch den abgeschlossenen Vergleich sich nicht zur Bezahlung einer bestimmten Summe, sondern zur Bezahlung derjenigen Holzpreise, welche von ihnen resp. ihren Vorgängern als dem wahren Werthe entsprechend beschworen worden waren, verbindlich gemacht, — auch schon auf die, in Folge dieses Vergleichs von den Querulanten vorgelegte anderweite Berechnung seiner Forderung die Erklärung, daß, weil es sich hier von halben Forstnutzungen handle, dem Querulanten nur die Hälfte der angesetzten Preise gebühre, abgegeben haben; — und daher, wenn das O. Gericht mit Rücksicht auf die in der Mitte liegenden rechtskräftigen Erkenntnisse angenommen hat, daß die beschworenen Preise der Querulaten nur zur Hälfte zur Last zu setzen seyen, hierin nicht ein Verstoß gegen den Inhalt der Acten, sondern nur eine Auslegung des Vergleichs auf den Grund der Verhandlungen und der früheren Judicate gefunden werden kann, — diese dem wörtlichen Inhalte des Vergleichs nicht entgegenlaufende Auslegung aber als das Ergebniß der richterlichen Beurtheilung dem Angriffe mittelst der N.-Beschwerde nicht unterliegt;" — Müller g. Sandrock [499] 14/10 1846: „daß die Frage —: ob in dem vorliegenden Falle die Verpflichtung des Querulaten zur Zahlung der im außergerichtlich eingegangenen Vertrage bedungenen Conventional-Strafe von der Erfüllung desselben in Rücksicht auf die von dem Ehemanne der Querulantin zu leistenden Bürgschaft abhänge? lediglich der richterlichen Erwägung des Sachverhältnisses anheim fällt, und daher die deshalbige Entscheidung eine Nichtigkeit nicht begründet."

fassung Veranlassung darbieten [86]), — zumal, wenn jene nicht bestimmte, sondern unsichere, schwankende Ausdrücke in sich begreifen [87]). Selbst bei, nach der Ansicht des über die Richtigkeits-Beschwerde erkennenden Gerichts, entschieden unrichtiger Beurtheilung der factischen Voraussetzungen kann, wenn nur jene Raum hat, nicht angenommen werden, daß eine begründete Richtigkeit

---

86) Schick g. Rhiel [7866] 18/8 1841, wodurch erkannt wurde: daß das Urtheil eines Gerichts über die Bedeutung, welche einer Aeußerung einer Partei beizulegen sey, als Verstoß gegen den klaren Inhalt der Verhandlungen nicht anzufechten stehe, sondern nur als Ausfluß der richterlichen Interpretation derselben zu betrachten sey"; — Duysing g. Robert [3596] 1831: Ein lediglich auf der richterlichen Reflexion, stattgefundener Auslegung resp. Beurtheilung des Parteivortrags über eine Thatsache beruhendes Erkenntniß ist dem Angriffe durch die N.-Beschwerde nicht unterworfen"; — Hohmann g. Vonderau [8875] 1/10 1845, in Erw.: „daß wenn auch anzunehmen wäre, daß die jetzt vom Querulanten erhobene Klage im Rechtsgrunde, oder in der thatsächlichen Begründung von der früher von ihm in Gemeinschaft mit seiner Schwester erhobenen wesentlich verschieden sey, doch der dies verneinende Ausspruch des Obergerichts, wonach von demselben die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache für begründet angenommen worden, nach Beschaffenheit des vorliegenden Falles nicht als ein Erkenntniß wider den Acteninhalt, sondern nur als das Ergebniß richterlicher Beurtheilung der Parteivorträge angesehen werden kann, wogegen die N.-Beschwerde nicht stattfindet;" — Trieschmann g. Nickel [1288] 29/7 1848, in Erw.: „daß in der Annahme des O.-Gerichts, daß Querulantin im Schwörungstermin erklärt, daß sie eine Jacke und ein Paar Stiefeln (aus dem Nachlasse des T.) zu sich genommen hätte (Einmischung in die Erbschaft), eine Actenwidrigkeit nicht gefunden werden kann, indem diese Erklärung in den Acten wörtlich enthalten ist, die Frage aber, ob und wieweit jene Erklärung durch die hinzugefügte weitere Bemerkung der Querulantin statthaft erläutert resp. wieder zurückgenommen worden sey, der richterlichen Beurtheilung anheim fällt;" — Fisc. Pr. g. Wrisberg [8579] 31/1 1844: Die Annahme des Obergerichts, der Querulant habe die angesprochene Berechtigung nicht gehörig dargelegt, ist das Ergebniß richterlicher Beurtheilung.

87) Gem. Imshausen g. v. Trott [7344] 2/4 1842, in Erw.: „daß die zur Begründung der Verbindlichkeit der Querulaten zur Besoldung des verstorbenen Schulzen B. Beitrag zu leisten, in dem Exceptions-Vertrage angeführten, in schwankenden Ausdrücken abgefaßten, Behauptungen einer verschiedenen Auslegung fähig sind und daher die vom Amte seiner Entscheidung zum Grunde gelegte als ein Act richterlicher Beurtheilung erscheint, deren Ergebniß unter den Gesichtspunct einer Actenwidrigkeit nicht zu stellen ist, mithin die Entscheidung nicht aus diesem Grunde als nichtig aufgehoben werden kann."

auf den in Rede stehenden Grund hin vorliege [88]); weshalb denn auch der Grundsatz negativ allgemein dahin neuerdings bestimmt worden ist: „selbst eine irrige richterliche Beurtheilung des zunächst als entscheidend zu betrachtenden Umstandes könne nicht ohne Weiteres als eine, die Nichtigkeit des richterlichen Erkenntnisses herbeiführende Actenwidrigkeit aufgefaßt werden [89])."

2. Wenn das Erkenntniß auf Thatumstände gegründet ist, welche aus den Acten gar nicht erhellen [90]). Dieß tritt z. B. dann ein, wenn das Gericht, anstatt nach den Acten der ihm vorliegenden Sache zu urtheilen, auf einen factischen Grund, z. B. einen Verzicht ꝛc., welcher aus einem nicht apponirten, also keinen Theil der vorliegenden Acten ausmachenden, Protocolle entnommen wird, sein Erkenntniß stützt [91]); ferner, wenn er diesem einen nicht actenmäßigen Umstand, wie etwa eine erst von einem Taxator beiläufig gemachte thatsächliche Bemerkung, die in den Verhandlungen selbst nicht vorgekommen

---

88) Als es von einem Immobiliar-Kaufvertrage sich handelte, hinsichtlich dessen der Käufer behauptete, daß ein Theil des Kaufobjects ihm nicht tradirt worden sey, in Beziehung auf solches aber zugleich anführte, daß er erst nach Abschließung des gerichtlichen Vertrags die Erwerbsurkunde und den derselben beigefügten Steuerbuchs-Auszug zur Einsicht bekommen, hatte das Obergericht gleichwohl in den Entscheidungsgründen unterstellt, der Käufer habe bei Abschließung des gerichtlichen Vertrags in der Meinung gestanden, der fehlende Theil des Kaufobjectes enthalte, wie nicht der Fall war, diesen Theil. In dritter Instanz wurde der Satz vertheidigt, daß in dieser Unterstellung des Gerichts v. Instanz eine Actenwidrigkeit liege; dawider aber hervorgehoben: es habe der Käufer, ungeachtet seines gedachten Anführens, fortwährend behauptet, daß er nur nach der Erwerbsurkunde gekauft, so wie, daß, da der Verkäufer zur Zeit der Abschließung des Vertrags mit ihm gewußt habe, von ihm aber verschwiegen sey, daß er von dem fraglichen Grundstücke nur noch einen Theil besitze, verkaufen könne und verkaufe, derselbe den Käufer hintergangen habe. Das O. A. Gericht nahm demgemäß, wenn auch eine unrichtige Beurtheilung, doch zugleich an, daß durch das O. G. Erkenntniß eine Actenwidrigkeit nicht begangen sey, Köster g. Eimer [7837] 25/6 1842.

89) Brusius g. B. [3961] 31/12 1855.

90) Albrecht g. Dickhaut [747] O. A. G. D. v. 1802; Kollmann g. Andreas 1835; Luttropp g. v. Malsburg [3550] 24/6 1836.

91) Kunz g. Flemming [3645] 5/3 1832; Knauf g. v. Degenfeld Sch. [3538] 8/12 1838.

ist, zum Grund legt [92]); ein Einverständniß der Streittheile über einen Punct [93]); oder die Rechtskraft resp. Anerkennung eines unterrichterlichen Bescheids [94]); eine Condonation in Beziehung auf einen begangenen Lehnsfehler als erfolgt [95]) ꝛc. gegen den Inhalt der Acten unterstellt; — wenn ferner ein Thatumstand, welcher, wenn gleich er zur rechtlichen Begründung eines Antrags, z. B. einer Klage, dienlich seyn würde, aber nicht behauptet worden war, zum Beweis ausgesetzt ist [96]); — überhaupt, wenn im Erkenntnisse Thatsachen und Verhältnisse oder Beweise, welche im Rechtsstreit nicht zur Sprache gekommen waren, berücksichtigt und supplirt worden sind [97]).

---

92) Ruth g. Heß, O. A. G. D. v. 4/5 1831.

93) Fisc. Pr. g. Gem. Guntershausen [8503] 8/7 1843.

94) Schöffer g. Flohr [8047] 5/2 1842, in Erw.: „daß in dem Bescheide des Justizamts — in den apponirten Acten ein richterliches Erkenntniß, worauf die Einrede der entschiedenen Sache zu gründen stände, offenbar nicht zu finden ist, indem ꝛc.; — mithin der auf der entgegengesetzten Voraussetzung beruhende Amtsbescheid—sich als actenwidrig darstellt und, bei der hieraus hervorgehenden Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung, das der Lage der Sache angemessene Erkenntniß von hier aus erfolgen muß ꝛc." Auch in S. Bartscher g. Block [7407] 1/10 1842 erklärte das O. A. Gericht, als in der Mittel-Instanz die Rechtskraft und Anerkennung eines unterrichterlichen Bescheids mit Unrecht angenommen war, dieses für actenwidrig und nichtig.

95) Als ein Gericht jene angenommen hatte, wurde solches vom O. A. Gericht für actenwidrig erachtet, weil die Querulantin (Klägerin, Widerverklagte) mit Recht gerügt hatte, das Untergericht nehme an, daß sie durch die Aufforderung zum Lehensempfang die verbotene Vertheilung der Wiese (worauf das Verlangen der Privation gegründet wurde) condonirt habe, wogegen sie doch behauptet, daß sie jene Vertheilung erst nach erhobener Widerklage in Erfahrung gebracht habe, Hospital Haina g. Renner [4858] O. A. G. D. v. 5/10 1839.

96) Hanau. Ministerium g. Zimmermann, O. A. G. D. v. 1824.

97) Gem. Braach g. Stückradt [7568] O. A. G. D. v. 30/11 1842, in Erw.: „daß auch darin, daß im U. G. Bescheid — auf das zwischen dem Querulanten für seine Person und dem S. bestehende Schuldverhältniß Rücksicht genommen ist, ein das Wesentliche des Processes berührender Verstoß nicht gefunden werden kann, da Querulant solches nicht nur selbst zur Sprache gebracht und in den vorliegenden Rechtsstreit eingemischt hat, sondern jene Rücksichtnahme auch unvermeidlich war, um zu beurtheilen, ob die fragliche Geldsendung des S. an den Querulanten sich auf den streitigen Posten beziehe oder nicht;" — Becker g. Fisc. Pr. [2157] 19/6 1850, in Erw.: „daß — die N.-Beschwerde als ungegründet erscheint, da der Querulant (Gemeindebeamter) den Empfang einer

IV. Derjenige Theil des Erkenntnisses, in Beziehung auf welchen die Actenwidrigkeit vorliegen muß, ist der dispositive Theil des Richterspruchs selbst und es kann daher dieser nicht schon darum, weil dem Erkenntnisse keine oder unrichtige Entscheidungsgründe vorausgesetzt worden sind, ohne weitere Prüfung der Richtigkeit des verfügenden Theils für nichtig erklärt werden [98]).

§. 76.

b. Anwendung auf einzelne Fälle.

Die bisher angedeuteten Grundsätze werden, wenn man die Verhältnisse der Haupt-Stadien des Processes ins Auge faßt, durch einzelne Beispiele klarer hervortreten. Negativ be-

---

Klafter Besoldungsholz ꝛc. nicht an und für sich geleugnet, sondern nur, daß durch diesen Empfang sein, aus der Grebenordnung abgeleiteter, Anspruch auf eine Klafter Besoldungsholz aus der herrschaftlichen Waldung getilgt worden sey, bestritten hat und das O. Gericht zu der gegentheiligen Annahme nicht etwa durch Supplirung von Thatsachen und Beweisen, sondern durch die stattgehabte rechtliche Beurtheilung des beiderseitigen Vorbringens und insbesondre dadurch gelangt ist, daß es in der Replikhandlung diejenigen Behauptungen und Darlegungen vermißt, welche geeignet seyn könnten, die der unbestrittenen Holzlieferung beigelegte Wirkung der Tilgung des querulantischen Anspruchs zu entziehen; eine etwaige unrichtige Auffassung bei dieser Beurtheilung aber den Stoff für eine N.-Beschwerde nicht abzugeben vermag."

98) Freudenberg g. Umbach [8902] 29/7 1843, in Erw.: „daß eine Nichtigkeit nicht schon aus der Unrichtigkeit eines oder des andern Entscheidungsgrundes des angefochtenen Bescheides folgt, sondern die Actenwidrigkeit oder Gesetzwidrigkeit der Entscheidung selbst voraussetzt; — daß daher im vorliegenden Falle die jetzt angefochtene Entscheidung des O. Gerichts nicht schon durch die Mißbilligung des für die Nachforderung von Zinsen eines abgetragenen Hauptgeldbetrags in Bezug genommenen Grunds herbeigeführt, sondern nur dadurch begründet werden konnte, wenn die erfolgte Zurückweisung der Klage auf Bezahlung der geforderten Zinsen von der Verheirathung der Klägerin bis zum Ableben ihres und des Verklagten Vaters an und für sich als den Acten oder klaren Gesetzen zuwiderlaufend sich darstellte; — daß aber dies nicht anzunehmen stand, da die Begründung der Klage lediglich von der Auslegung der betreffenden, nicht unzweifelhaften, Stelle des Ansatzvertrags abhing, welche gleichwohl der richterlichen Beurtheilung anheim fällt und deren Ergebniß sich als nichtig nie betrachten läßt."

stimmt, läßt sich im Allgemeinen der Grundsatz aufstellen, daß von einer Actenwidrigkeit überall da nicht die Rede ist, wo die gemachten Angaben der Streittheile zu einer Beurtheilung, gleichviel, ob sie auf solche oder auf die einschlagenden Rechtsgrundsätze sich bezieht, führen, indem sie die Unterstellung des Verstoßes gegen die Acten ausschließt [99]). Die Praxis, wie solche namentlich beim obersten Gerichte in Hessen in dieser Hinsicht besteht, bietet reichliche Belege dar, von denen die nachstehenden beispielsweise anzuführen sind. Eine Actenwidrigkeit kann nämlich vorkommen in Beziehung auf

A. die Beurtheilung der Klage. Sie wurde als vorhanden angenommen in einem Falle, wo nur aus einer rechtskräftigen Entscheidung Klage erhoben, vom Obergerichte aber angenommen war, es sey das ganze ursprüngliche Obligations-Verhältniß in den Streit gezogen worden und es müsse daher auf die sonstige Begründung des Anspruchs zurückgegangen

---

99) Beispielsweise sind anzuführen folgende Fälle: Ein Dienstmädchen klagte wider den Dienstherrn, daß er sie vor Ablauf der Dienstzeit fortgeschickt habe. Nach dem über die mündliche Verhandlung aufgenommenen Protocolle hatte aber derselbe nur erklärt, daß er das Mädchen habe weggehen lassen. Als später der Verklagte das ergangene Erkenntniß als actenwidrig anfocht, wurde davon ausgegangen, daß durch den Inhalt des Protocolls die Behauptung der Klägerin nicht nothwendig und dergestalt ausgeschlossen werde, daß in der dem angefochtenen Erkenntnisse zum Grunde liegenden gegentheiligen Auffassung eine Actenwidrigkeit enthalten sey; daß übrigens, wenn man auch mit der Aeußerung des Verklagten den von ihm in der Beschwerdenschrift hervorgehobenen Sinn zu verbinden hätte, es doch an einer bestimmten Erklärung auf die in der Klage vorgebrachte Thatsache fehle und daher auch darin, daß solche in dem angefochtenen Bescheide als feststehend angenommen sey, ein Verstoß gegen den Inhalt der Acten nicht gefunden werden könne, Breul g. Adler [1745] 17/3 1849. — Darin auch, daß in der mit der Klage vorgelegten Rechnung eine Weinsendung als von Minden geschehen angegeben war, woneben es doch feststand, daß der Kläger in Bremen wohne, wurde um deswillen eine Actenwidrigkeit nicht gefunden, weil damit nicht ausgeschlossen erschien, daß die Sendung von Bremen über Minden geschehen sey, Otto g. Krapff [1836] 5/7 1849. — Eben so wenig wurde dies angenommen in Beziehung auf die Unterstellung eines Gerichts, daß in der Einwährung einer Klägerin von Seiten ihres Ehemannes in ein Gut die Uebertragung des Miteigenthums enthalten sey, Lotz g. Staaf [809] 11/9 1847.

werden [100]); eben so in dem weiteren, wo man gegen den Inhalt der Acten einen Mangel in der Sachlegitimation als vorhanden anerkannt hatte [1]).

B. Die Beurtheilung von Einreden.

a. Eine Actenwidrigkeit liegt insoweit beispielsweise vor: wenn gegen den Inhalt der Acten angenommen ist α. daß die Einrede der rechtskräftig entschiedenen [2]) Sache begründet [3]); β. oder eine sonstige erhebliche Vertheidigung vom Verklagten vorgeschützt sey [4]); γ. oder wenn das Gericht den

---

100) Otto g. Waldeck [948] 4/8 1847. Es wurde hier unterstellt, daß ein Widerspruch mit dem klaren Inhalt der Acten und daher eine Nichtigkeit vorliege.

1) Schwebener Bauern (Jahn ꝛc.) g. Schrimpf [261] 5/10 1846. Der eine Abweichung in der Auffassung eines solchen Punctes zulassende Inhalt der Acten fällt nur in den Kreis der richterlichen Beurtheilung und damit wird jener Erfolg beseitigt; Lotz g. Staaf [809] 11/9 1847; Lucas z. S. Drucker g. v. Selchow [6689] 11/12 1839: „daß in der stillschweigends geschehenen Verwerfung der Einrede der Sachlegitimation" (daß die Mutter der als Kläger aufgetretenen Kinder vermöge des ehelichen Errungenschafts-Verhältnisses zur Hälfte Gläubigerin gewesen sey) „kein Verstoß gegen die Acten oder gegen eine klare gesetzliche Bestimmung zu finden seyn würde."

2) vorausgesetzt namentlich, daß klar aus dem Vorgebrachten entnommen werden kann, daß der frühere Rechtsstreit identisch mit dem vorliegenden sey; ist dieß nicht der Fall, dann ist auch von einer Nichtigkeit keine Rede, Kunzemann g. Pfarrei Hebel [9137] 24/12 1843. Es ist aber Sache der richterlichen Beurtheilung, aus den Merkmalen der in verschiedenen Processen geltend gemachten Ansprüche abzunehmen, ob solche identisch oder verschieden seyen; weshalb Stoff zur N.-Beschwerde hieraus in der Regel nicht zu entnehmen steht, Marcus g. Heimsath [6022] 1/6 1839.

3) Schöffer g. Flohr [8047] 5/2 1842, in Erw.: „daß in dem Bescheide des Justizamts — in den apponirten Acten ein richterliches Erkenntniß, worauf die Einrede der entschiedenen Sache zu gründen stände, offenbar nicht zu finden ist, indem ꝛc.; — mithin der auf der entgegengesetzten Voraussetzung beruhende Amtsbescheid — sich als actenwidrig darstellt und, bei der hieraus hervorgehenden Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung, das der Lage der Sache angemessene Erkenntniß von hier aus erfolgen muß ꝛc."

4) Simon g. Markheim [8797] 29/9 1845, in Erw.: „daß — die Voraussetzung, worauf der die Klage zurückweisende Amtsbescheid beruht: „Verklagter behaupte, daß eine andere Forderung des Ehemanns der Klägerin aus einem späteren Versprechen theilweise vom Schuldner bezahlt worden sey", sich als actenwidrig darstellt und schon hieraus die Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung folgt; — eine solche auch weiter daraus sich ergiebt, daß auf das ge-

Minderwerth verkaufter Waaren auf die actenwidrige Unterstellung deren Fehlerhaftigkeit stützt, die Einrede aber sich nur auf die Unverhältnißmäßigkeit des Werths der Waare zum verabredeten Preise bezieht [5]).

b. Sie wird dagegen nicht angenommen: α. wenn die Einrede, z. B. der Zahlung, welche das Gericht verworfen hat, nicht thatsächlich unzweifelhaft begründet erscheint [6]), der Einwand also etwa auf den Grund der nominatio auctoris, des klägerischerseits begangenen Spoliums und andere dergleichen, der richterlichen Beurtheilung anheimfallende, Einreden verworfen ist [7]); β. wenn es sich um die Frage handelt: ob eine Behauptung als Einrede oder als Widerklage aufzufassen sey [8]). Auch hier gilt übrigens das schon früher Bemerkte, daß, wenn auch die Verwerfung einer Einrede actenwidrig wäre, dieß doch nicht ausschließt, aus einem andern Grunde dieses Urtheil als gerechtfertigt darzustellen [9]).

C. Einlassung auf die Klage.

Da sich solche nur auf Thatsachen, nicht aber auf Rechtssätze beziehen läßt [10]), so ist die Frage, ob bejahend oder verneinend die Einlassung erfolgt sey? eine solche, deren Beantwortung vom Gegenstand der letzteren und der abgegebenen Erklärung selbst abhängt; so daß sich im Allgemeinen nicht bestimmen läßt, ob und wann eine Actenwidrigkeit in der einen oder andern Annahme des Richters vorliege. 1. Rücksichtlich

---

dachte Versprechen des Ehemanns der Querulantin, ungeachtet dasselbe von der letzteren in der Replikhandlung ausdrücklich in Abrede gestellt wurde, alsbald die Zurückweisung der Klage gestützt worden ist."

5) Feldstein g. Wüster [1486] 26/8 1848.

6) Rau g. Carthäuser [7833] 30/8 1843. Hier war bei der Zahlungseinrede die Zeit der Zahlung nicht angegeben.

7) Lotz g. Staaf [809] 11/9 1847.

8) Hasenauer g. Fink [9393] 4/3 1846, in Erw.: „daß — Querulant in seiner Exceptionalhandlung die Behauptung, daß Querulat zuerst reuig geworden, nur zur Begründung einer Widerklage aufgestellt hat, ob diese aber auch als Einrede aufzufassen und als solche überall gehörig substantiirt sey, der richterlichen Beurtheilung anheim fällt."

9) Feldstein g. Wüster [1486] 26/8 1848.

10) Fisc. Pr. g. Henkel [8520] O. A. G. D. v. 21/10 1843.

des Geständnisses [11]) sind besonders die bereits früher (S. 247 fg.) erwähnten Bestimmungen von Wichtigkeit, welche rücksichtlich des stillschweigenden Geständnisses im Laufe des Processes in Hessen gelten [12]). In Anwendung jenes allgemeinen Gesichtspuncts ist demnach in der Praxis nach Maaßgabe der speciellen Voraussetzungen des einzelnen Falles bald eine Actenwidrigkeit anerkannt, bald für nicht begründet erachtet worden. Jenes z. B., als ein Gericht das auf Einreden des Verklagten sich beziehende Geständniß des Klägers unberücksichtigt gelassen [13]) und umgekehrt dasselbe ein solches unterstellt hatte [14]). Dieses im Falle sowohl der Annahme eines stillschweigenden Eingeständnisses [15]) — insonderheit in Beziehung auf eine Einrede [16]); — als in der, daß kein solches vorliege [17]).

---

11) Vergl. über die Nichtberücksichtigung des Mangels der Einlassung auf die Klage das früher S. 246 (Kap. XIII) Ausgeführte.

12) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 17; 18.

13) Peter g. Eberhardt [7991] O. A. G. D. v. 14/6 1843.

14) Dingler g. Gerhold [6587] 9/5 1840. Vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. I S. 259.

15) Fisc. Pr. g. Gem. Guntershausen [8503] 4/7 1843, in Erw.: „daß eine Actenwidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses nicht hat dargelegt werden können, — indem die Annahme des beiderseitigen Einverständnisses über die Identität des streitigen Grundstücks den Acten keineswegs widerstreitet, — dasselbe auch davon gilt, daß das O. Gericht aus der unbestimmten Erklärung des Querulanten über die von der Querulatin nachträglich angegebene Benutzungsweise des gedachten Grundstücks mittelst Verpachtung, dem Gesetze vom 16. Sept. 1834 gemäß, ein stillschweigendes Eingeständniß gefolgert hat"; — Schröder g. Steisel [293] 25/2 1846, in Erw.: „daß — die von ihm" (Querulanten) „in dem Verhandlungstermin erster Instanz abgegebene Erklärung keinenfalls so bestimmt ist, um in der Annahme der Gerichte der beiden vorigen Instanzen — dahin: daß eine unbestimmte Erklärung vorliege und daher ein stillschweigendes Eingeständniß angenommen werden müsse, eine Actenwidrigkeit zu finden."

16) Krauß g. Schreiber [8867] 4/7 1843.

17) Kunzemann g. Pfarrei Hebel [9137] 24/12 1843, in Erw.: „daß der klagende Theil — den erwähnten Besitz bestritten hat, und das Augenscheins-Protoll in dieser Beziehung keineswegs so bestimmt lautet, um ein Eingeständniß der Parteien sofort unterstellen zu können"; — Jacob g. Keßler [9694] 13/11 1844, in Erw.: „daß eben so wenig darin, daß das Obergericht in der dargestellten Erklärung des Querulaten in der Replik kein Eingeständniß der Einrede des Betrugs, in der wörtlich eingeschalteten weiteren Aeußerung desselben aber ein genügend bestimmtes Leugnen der zum Beweis gestellten Behauptung

2. In Betreff des **Leugnens** ist man von einer Actenwidrigkeit ausgegangen, als die Beschaffenheit der deshalbigen Erklärung eine solche war, rücksichtlich deren das richterliche Ermessen ausgeschlossen erschien [18]), z. B. eine Klage auf den Grund eines Einwands zurückgewiesen wurde, welcher vom Kläger geleugnet war [19]). Abgesehen von dergleichen Fällen ist dagegen in der Annahme des Leugnens ein Grund zu einer Nichtigkeits-Beschwerde nicht zu erkennen [20]).

D. Die **Beweisauflage** gibt alsdann genügenden Grund zur Geltendmachung einer Actenwidrigkeit ab: 1. wenn sie auf ein nicht behauptetes, erhebliches Factum gerichtet ist [21]). — Freilich ist aber in Fällen dieser Art der Beurtheilung des

---

gefunden hat, eine actenwidrige Annahme sich erkennen läßt; — vielmehr die Erheblichkeit der erstern in der fraglichen Beziehung lediglich der richterlichen Beurtheilung anheim fällt und auch die letztere nicht von der Art ist, daß sie die richterliche Annahme, es liege darin ein bestimmtes Leugnen der Einrede, auszuschließen vermöchte;" — Spertzel g. Kleinhans [132] 24/11 1846, in Erw.: „daß darin — daß das O. Gericht jenen Mangel" (behaupteter Erbschaftsantretung in der Klage der Querulantin) „ungeachtet derselbe von der Querulatin zu ihrer Vertheidigung gegen die Klage weder in der ersten noch in der vorigen Instanz genügt worden ist, berücksichtigt und nicht vielmehr ein **stillschweigendes Anerkenntniß** der Querulatin, daß die verstorbene Ehefrau des Querulanten unmittelbare resp. mittelbare Miterbin der Wittwe S. geworden sey, in der Vertheidigung derselben gefunden hat, so wenig eine Actenwidrigkeit, als ein Verstoß gegen das Wesentliche des Processes sich darlegt."

18) Steinberger g. Fröhlich [366] 31/3 1846, in Erw.: „daß in der Annahme der Gerichte der v. Instanzen, daß die der Klage zum Grund gelegte Bürgschaft des Vaters der querulatischen Mündel für die in derselben angegebenen Forderungen von dem Querulaten in Abrede gestellt worden, nur alsdann eine die N.-Beschwerde begründende Actenwidrigkeit zu finden seyn würde, wenn der Inhalt der Verhandlungssätze, worauf sich diese Annahme stützt, **so klar keine negative Contestation** enthielten, daß dadurch das richterliche Ermessen hierüber ausgeschlossen wäre; — daß dies aber offenbar nicht der Fall ist."

19) Simon g. Markheim [8797] 29/9 1845, in Erw.: „daß die Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung (auch weiter) daraus sich ergiebt, daß auf das gedachte Versprechen des Ehemanns der Querulantin, ungeachtet dasselbe von der letzteren in der Replikhandlung ausdrücklich in Abrede gestellt wurde, alsbald die Zurückweisung der Klage gestützt worden ist."

20) Weinberg g. Göbel [5027] 1839.

21) Hanau. Ministerium g. Zimmermann, O. A. G. D. v. 1824; Röder g. Müller [7031] 11/12 1841.

Richters in Beziehung auf die Benutzung des im vorbereitenden Verfahren dargebotenen Materials ein solcher Raum gewährt, daß in den meisten Fällen in Ansehung jener richterlichen Thätigkeit von einer Actenwidrigkeit nicht die Rede seyn kann [22]. — 2. Auch dann, wenn die Beweisauflage auf solche Thatsachen gegründet worden, welche in den Acten anders als vorausgesetzt ist, oder gar nicht enthalten sind, liegt eine Actenwidrigkeit vor [23]. — 3. Die Frage: ob der Richter von einem bereits ertheilten Beweiserkenntnisse wieder abgehen könne? ist zwar zu verneinen, wenn jedoch von dem Unterrichter in Beziehung auf sein eigenes Interlocut solches geschehen ist, eine Actenwidrigkeit als nicht vorhanden zu erachten [24]. Der Oberrichter andererseits ist, wenn es an einem Rechtsgrunde fehlt, um den Verklagten nach der Klagbitte zu verurtheilen, die Beweisführung also von einem Erfolge nicht begleitet seyn kann, an

---

22) Brod g. Tannenberg [8237] 3/10 1843, in Erw.: „daß — wenn gleich Querulat die unter — des Beweissatzes zu Beweis gestellte Thatsache in der Klage nicht ausdrücklich behauptet hat, doch darin, daß das Untergericht in der auf den Ersatz des Werths des vertauschten Ochsens gerichteten Klage zugleich die Behauptung, daß dieser Werth durch die Krankheit des Ochsen ganz oder theilweise verloren gegangen sey, gefunden und danach den Beweis regulirt, als auch darin, daß es die solchergestalt erhobene Klage als begründet angenommen, nur das Ergebniß richterlicher Beurtheilung und weder eine Actenwidrigkeit, noch eine Verletzung klarer gesetzlicher Bestimmungen zu finden ist." — So wurde ferner der Klage aus einem Rechnungs-Recesse die Behauptung entgegen gesetzt, die Klägerin habe, nach vorausgegangener Berechnung, vor Amt erklärt, der Verklagte habe den fraglichen Receß an sie bezahlt. Das Untergericht legte dem Verklagten zu beweisen auf: daß die Klägerin den Receß von ihm bezahlt erhalten und daß sie dieß vor Gericht erklärt habe. Das Obergericht ging von der Unterstellung aus, es sey die Einrede der Zahlung vom Untergerichte zu Beweis gestellt worden. Darauf gründete der Verklagte die Behauptung einer Actenwidrigkeit. Das O. A. Gericht verwarf aber die deshalb erhobene N.-Beschwerde „indem vielmehr die dem Verklagten gemachte Beweisauflage nur unter dieser Voraussetzung von rechtlicher Erheblichkeit sey, da die appellantischerseits geltend gemachte fragliche Erklärung der Querulatin nur als ein Beweismittel in Betracht kommen und als solches nicht selbst zu Beweis gestellt werden könne", Heymel g. Heymel [8037] 15/3 1845.

23) Fisc. Pr. g. v. Bischofshausen, O. A. G. D. v. 24/8 1822.

24) Raab g. Halbleib, O. A. G. D. v. 5/2 1840. Man fand darin nur eine Ordnungswidrigkeit.

die Beweisauflage nicht gebunden, so daß er solche übergehen kann [25]), wobei es auch keinen Unterschied macht, daß in den Verhandlungen der Mangel des Klaggrundes nicht gerügt wurde [26]).

E. Hinsichtlich der Beweisführung und zwar

1. durch Zeugen wird von dem solche beurtheilenden Richter alsdann ein Verstoß gegen die Acten begangen, wenn er wider den klaren Inhalt der Aussagen jener erkennt [27]). Da indeß der Inhalt der Aussagen der Zeugen häufig einer sehr verschiedenen Auffassung unterliegen kann, welche bestimmt wird durch den Gegenstand des Streits, die Beschaffenheit der bekundeten Wahrnehmung, die Aussage selbst, so wie die Persönlichkeit des Deponirenden, — so erhellt, daß nur in seltenen Fällen eine eigentliche Actenwidrigkeit aus dem vom Richter gezogenen Resultat der Zeugenaussagen wird hergeleitet werden können [28]); zumal, wenn die angeblich actenwidrige Benutzung

---

25) Gem. Eichenau g. Fisc. Pr. [1057] 1831. — Vergl.: Gensler, im Archiv f. civ. Pr. Bd. I S. 378.

26) Stöber g. Magistr. zu Neustadt [9229] 1829.

27) Dorn g. Koch [3602] 1836; daß dies vorliegend nicht der Fall sey, ging aus der vom Querulaten in der Beschwerdenschrift gemachten Mittheilung der Zeugenaussagen hervor; — Kunzemann g. Pfarrei Hebel [9137] O. A. G. D. v. 24/12 1843, in Erw.: „daß zwar auch in den Entscheidungen eines Richters über das — Ergebniß von Zeugenaussagen und die Zulässigkeit der Eidesdelation eine Nichtigkeit gefunden werden kann, insofern dadurch gegen den klaren Inhalt der Acten oder gegen bestimmte klare Gesetze erkannt ist, und namentlich wenn eine vorgeschützte Einrede der bereits erfolgten rechtskräftigen Entscheidung als klar in den Acten begründet erscheint und die Zeugen geradezu den auferlegten Beweis bekunden, eine Nichtigkeit vorhanden seyn würde; — daß aber im untergebenen Falle — wenn auch die Zeugen die Fortdauer des jetzigen Besitzstandes während der Dauer der Verjährungszeit bekunden, doch, da sie nicht an Ort und Stelle vernommen sind, mit völliger Bestimmtheit dadurch nicht festgestellt wird, daß solcher Besitzstand dieselbe Grundfläche begreife, welche in dem vorgebrachten Risse bezeichnet ist."

28) Vergl. die v. Note; sodann: Röder g. Grünlaub [6792] 17/12 1839, in Erw.: „daß der der angefochtenen Entscheidung zum Grund gelegte Satz: „„daß der abgehörte Zeuge nicht bekundet habe, es sey der erwähnte Vertrag nur unter derselben Bedingung eingegangen"", nur als das mittelst der N.-Beschwerde nicht anzufechtende Ergebniß richterlicher Reflexion und, zufolge des vom Querulanten angegebenen Inhalts der Zeugenaussage, nicht als gegen die

der Zeugenaussagen nur als Nebengrund für die Entscheidung gebraucht worden wäre [29]). Eben so ist denn auch darin keine Actenwidrigkeit gefunden worden, daß das Gericht bei der Prüfung der in dem in Rede stehenden Processe abgegebenen Zeugenaussagen den Inhalt der in dem früheren Rechtsstreite erfolgten Erklärungen nicht berücksichtigt hatte [30]).

2. In Ansehung des Urkundenbeweises liegt, abgesehen von dem bereits (S. 400 fg.) in dieser Hinsicht Angeführten, eine Actenwidrigkeit alsdann vor, wenn gegen den klaren, ohne Weiteres sich ergebenden, Inhalt der Urkunde erkannt ist [31]). Ist dieß nicht der Fall, eine Unzweideutigkeit der Urkunde also nicht vorhanden, dann fällt auch die Auffassung des Richters über der letzteren Form und Inhalt in den Kreis der richterlichen Beurtheilung und es kann sonach von einem Verstoße wider die Acten nicht die Rede seyn [32]). Diese Annahme recht-

---

Acten verstoßend angesehen werden kann"; — Lion g. Lennep [5096] 20/7 1839, worin dasselbe in Beziehung auf den Ausspruch „daß der Zeugenbeweis mißlungen sey", mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Zeugenaussagen erkannt wurde; — Heinemann g. Naumann [9804] 28/1 1845, worin man ein Gleiches rücksichtlich der Frage annahm: ob durch die Aussagen der abgehörten Zeugen ein vollständiger, oder nur ein bis zur Nachlassung des Ergänzungs- resp. Reinigungs-Eides erbrachter Beweis geführt worden sey; Raabe g. R. [6439] 3/10 1830.

29) Fisc. Pr. g. Kirchner [454] 9/6 1846.

30) Rabe g. Rohde [9986] 28/5 1845. Hierbei ist zu unterstellen, daß die zuletzt gedachten Acten in dem in Frage stehenden Rechtsstreit nicht Theil der Acten des Processes durch Apposition geworden waren.

31) Spangenthal g. Berge [8921] 3/1 1846, in Erw.: „daß zwar auch in einem Erkenntniß über den Inhalt einer Urkunde, insofern die Entscheidung mit dem klaren, sich ohne Weiteres ergebenden, Inhalt derselben im Widerspruche steht, eine Nichtigkeit gefunden werden kann, — daß aber im vorliegenden Falle die von dem Querulanten zum Beweise des Klaggrundes producirte Urkunde in Rücksicht auf ihre Fassung und die darin vorkommenden undeutlichen Ausdrücke keinen so klaren Inhalt hat, um die Annahme ihrer Unerheblichkeit in Beziehung auf den damit angetretenen Beweis als eine actenwidrige Entscheidung ansehen zu können."

32) Lotz g. Staaf [809] 11/9 1847, in Erw.: „daß die N.-Beschwerde — in Beziehung auf das angenommene Ergebniß der querulatischen Beweisführung ungegründet ist, — indem durch die Annahme des O. Gerichts, daß der auferlegte Beweis durch die deshalb producirte Vertragsurkunde nach deren Form

fertigt sich auch in dem Falle, wo vom Gerichte eine Urkunde, obgleich in derselben noch einer andern, nicht mehr beiliegenden (Relatum), gedacht worden ist, für selbstständig beweisend angenommen wird; weshalb man ein deshalbiges Erkenntniß weder aus dem Gesichtspunct der Unvollständigkeit der Acten, noch aus dem der Actenwidrigkeit für nichtig erachtete[33]). Läßt

und Inhalt erbracht sey, und insbesondere, daß die gerichtliche Bestätigung dieses Vertrags sich auf den gesammten Inhalt desselben beziehe, weder gegen die Acten noch gegen klare Gesetze verstößt"; — Stadt Salmünster g. Röder [287] 13/1 1846, in Erw.: „daß die N.-Beschwerde sich als unbegründet darstellt, da das O. Gericht, indem es den §. 88 der Gem. Ordn. v. 23. Oct. 1834 (*) auf den Fall, wo Nichtgemeindeglieder in Frage stehen, für unanwendbar erklärt, nicht gegen klares Gesetz gesprochen hat, auch darin, daß dasselbe in den gebrauchten Worten der obern Verwaltungsbehörde „zur Beglaubigung" nicht eine Erklärung der Richtigkeit der verzeichneten fraglichen Leistungen gefunden hat, nur das Ergebniß richterlicher Beurtheilung, keineswegs aber eine Actenwidrigkeit zu finden ist." (* Vergl. über diesen §.: des Verf.'s Beweis durch Schrifturk. Th. II. S. 394 Note 32.) — Israel g. v. Dallwigk [9093] 28/11 1843, in Erw.: „daß eben so wenig die unterrichterliche Entscheidung über die Erheblichkeit des querulatischen Beweises und des querulantischen Gegenbeweises als eine gegen den klaren Inhalt der Acten angehende anzusehen ist, — da die äußere Form des apponirten Canzlei-Protocolls keineswegs die Beschaffenheit hat, um das richterliche Ermessen in Beziehung auf die formelle Beweiskraft desselben auszuschließen und nicht minder dessen Inhalt, da von dem Erwerbe des fraglichen Rechts durch dessen Ausübung während unvordenklicher Zeit darin die Rede und in Folge des deshalb gegen die v. D.'schen Hintersassen zu D. geführten Beweises die wegen Geltendmachung dieses Rechts von den letzteren gegen die v. D. angestellte Klage zurückgewiesen ist, allerdings zu dem auferlegten Beweise in Beziehung steht;" — Möller g. Schmidt [8590] 18/10 1835, in Erw.: „daß — die Annahme des O. Gerichts, wie bei dem Augenscheine eine bestimmte, durch die Steine — bezeichnete Grenzlinie erkennbar gewesen sey, dem Protokolle über den Augenschein und dem Inhalte der Acten nicht widerspricht, da ꝛc."; — Fisc. Pr. g. Eberhard [9178] 2/9 1848, in Erw.: „daß — die vom Appellaten erhobene N.-Beschwerde für ungegründet zu halten ist, da in der Beurtheilung des Gutachtens der Sachverständigen von Seiten des O. Gerichts so wenig ein Erkenntniß gegen dessen Inhalt, als ꝛc. zu finden ist."

33) v. Reineck g. Kehr [5155] 8/6 1839: Eine Partei berichtigt mittelst Briefs an ihren Anwalt rückständige Deserviten zum Theil baar, zum Theil durch Ausstellung eines Wechsels. Der letztere wird vom Anwalt remittirt, über das Geld abschläglich quittirt und darüber, daß Beides geschehen, auf den Brief eine Notiz gesetzt, mit dem Bemerken: „mit Remission des Wechsels, den

endlich das Gericht eine zu den Acten gebrachte Urkunde völlig unbeachtet, so verstößt es dann allerdings wider jene; immerhin bleibt aber auch hier der Zweifel: inwieweit sich dieß annehmen lasse? eine auf gleiche Ergebnisse zielende thatsächliche Frage [34]).

3. Wird in Beziehung auf die Beurtheilung des Beweises durch Sachverständige gefehlt, so muß, was wenigstens den Inhalt des von solchen abgegebenen Gutachtens betrifft, mit Rücksicht auf die Erkenntnißquelle, aus der dasselbe hervorgegangen ist, die Anfechtung wegen Verstoßes gegen die Acten ausgeschlossen erscheinen [35]).

4. In Ansehung des Eides und zwar

a. der Eidesdelation ist ein Erkenntniß alsdann actenwidrig, wenn jene durch dieses gegen den klaren Inhalt der Acten

---

ich nicht bedarf ꝛc." Nach dem Tode des Anwalts klagen dessen Erben auf Berichtigung des Rückstands (auf Abrechnung), worauf der Wechsel lautete. In den Verhandlungen wird verklagtischerseits behauptet, daß der Brief ohne den Wechsel als eine indiscrete Urkunde erscheine und die Pflicht zur Anerkennung nicht begründen könne. Als das O. Gericht gleichwohl den Verklagten hiernächst verurtheilt, gründet derselbe auf dessen Annahme, daß in dem Briefe ein Versprechen enthalten sey, eine N.-Beschwerde. Das O. A. Gericht weist aber solche aus dem im Text angedeuteten Grunde zurück. In den Abstimmungen wurde ausgeführt: Die Unvollständigkeit der Gerichts-Acten setze das Entferntseyn eines Theils der letzteren, z. B. eines Exhibitums, welches schon Theil der Acten geworden sey, voraus, passe also nicht auf die angebliche Berücksichtigung eines referens sine relato, welcher eine bloße Beurtheilung, eine Annahme des angeblichen Referens für selbstständig, zum Grunde liege. Actenwidrig aber sey es nicht, wenn das Gericht eine Urkunde für deutlich halte, welche nach der Behauptung der Partei undeutlich sey, da dieß ebenwohl auf bloßer Beurtheilung beruhe.

34) Fisc. Pr. (Hosp. Haina) z. S. Knöppel g. S. [1458] 31/7 1848, in Erw.: „daß die in eine Actenwidrigkeit gesetzte N.-Beschwerde sich als ungegründet darstellt, — indem das O. Gericht nicht etwa den Inhalt der zu den Acten gebrachten Consensurkunde ignorirt, sondern, gleich dem Gerichte erster Instanz, die darin ertheilte Einwilligung in die Verpfändung des Hauses auf den Grund und Boden mit bezogen hat; — und da letzterer von der Einwilligung zur Verpfändung nicht ausdrücklich ausgenommen worden ist, die Annahme, daß der Consens auch darauf sich erstrecke, lediglich als das Ergebniß richterlicher Auslegung erscheint, folglich dem Angriff mittelst einer N.-Beschwerde nicht unterliegt."

35) Fabra g. Fisc. Pr., O. A. G. D. v. 24/4 1824; Fisc. Pr. g. Eberhard [9178] 2/9 1848; vergl. oben S. 413 Note 32.

für zulässig angenommen wird [36]). Auch hier liegt also das im einzelnen Falle entstehende Bedenken regelmäßig auf dem Gebiete des Urtheils über Thatfragen. So ist z. B. die Annahme einer Actenwidrigkeit alsdann ungerechtfertigt, wenn die Eidesdelation unberücksichtigt gelassen wurde, weil ein überwiegender Beweis den Eid überflüssig gemacht hatte [37]).

b. Von einer in der Annahme einer Eides**weigerung** enthaltenen Actenwidrigkeit ist vornämlich dann die Rede, wenn, obgleich über den ausdrücklichen oder aus schlüssigen Thatsachen zu folgernden Willen des Schwurpflichtigen, nicht schwören zu wollen, Zweifel nicht bestehen kann, gleichwohl jener Rechtsnachtheil vollzogen wird [38]). Sie greift auch Platz, wenn, ungeachtet die Identität der schwurpflichtigen Partei, welche im Schwörungstermin sistirt ist, nach dem Inhalte der Verhandlungen als feststehend zu betrachten steht, der Rechtsnachtheil

---

36) Kunzemann g. Pfarrei Hebel [9137] 24/12 1843, in Erw.: „daß — zwar auch in den Entscheidungen eines Richters über — die Zuläßigkeit der Eidesdelation eine Nichtigkeit gefunden werden kann, insofern dadurch gegen den klaren Inhalt der Acten oder gegen bestimmte klare Gesetze erkannt ist ꝛc."

37) Fisc. Pr. g. Kirchner [454] 9/6 1846, in Erw.: „daß die N.-Beschwerde als ungegründet erscheint, — insbesondere von Querulanten nicht dargelegt worden ist, daß das fragliche Erkenntniß auf actenwidriger Grundlage beruht, indem — die Eidesdelation des Appellaten von dem O. Gerichte deshalb unberücksichtigt gelassen worden ist, weil sich ein überwiegender Beweis für den Appellaten herausgestellt habe."

38) Haase g. Wagner [2188] 24/5 1850, in Erw.: „daß der Querulant in dem Termine — ausdrücklich zu Ausschwörung des — bestimmten Eides sich erboten und sein Anwalt sofort beim Vorlesen des darin aufgenommenen Protocolls wider das in solchem von dem Protocollführer gebrauchte Wort: „die fragliche Uebereinkunft" protestirt hat; — daß daher aus diesem ohnehin unbestimmten Worte wider die ausdrückliche Erklärung des Querulanten „vorbescheidsmäßig schwören zu wollen", ein Geständniß des Beweissatzes und eine Eidesweigerung **nicht** hergeleitet werden konnte, indem dasjenige, was der Querulant in dem gedachten Termine weiter angeführt hat, nur als Erklärung darüber, in welchem Sinne er den Eid ablegen wolle, zu betrachten ist; — daß hiernach der angefochtene Amtsbescheid, indem darin ausgesprochen wird, daß der Querulant nach der von ihm abgegebenen Erklärung „angedrohtermaßen für nicht schwörend könnend anzusehen sey", mit den Verhandlungen im Widerspruch steht, — und daher auf den Grund der erhobenen N.-Beschwerde als actenwidrig aufgehoben werden muß."

auf einen formellen, aber auf Irrthum beruhenden, Grund hin, z. B. wegen Bezeichnung einer Frauensperson, welche inmittelst aus einem früheren in einen neuen ehelichen Stand eingetreten war, vollzogen worden ist [39]).

c. Durch eine Eidesauflage wird actenwidrig insonderheit dann erkannt: α. wenn das Gericht Thatsachen, welche der Producent zur Begründung der von ihm zu beweisenden Behauptung nicht vorgebracht hat, bei der Eidesregulirung von Amtswegen in die Formel aufgenommen hat [40]); wohingegen β. im umgekehrten Falle, wenn also actenmäßige Thatumstände in der Eidesformel übergangen sind, eine Actenwidrigkeit nur dann vorliegt, wenn jene in die Beweisauflage aufgenommen worden waren [41]).

---

39) Cloos g. C. [7197] 6/11 1844. Hier war in einer zu den Acten gebrachten Vollmacht ein Streittheil als des J. L. Ehefrau bezeichnet worden. Als es zum Eide kam, producirte sie, nachdem sie inmittelst den J. H. geheirathet hatte, einen auf diesen letzteren Namen ausgestellten Eidesbelehrungs-Schein. Im Termin bezeichnete indeß deren Anwalt sie noch als J. L.'s Ehefrau und das O. Gericht ging darauf in seinem Bescheide von der Unterstellung aus, daß die gedachte Frauensperson wegen mangelnder Darlegung der erfolgten Eidesbelehrung zum Schwur nicht zugelassen werden könne und erklärte sie deshalb für eidesweigernd. Das O. A. Gericht, in der Annahme, daß diese letztere Bezeichnung der Genannten durch ihren Anwalt von selbst als irrig sich darstelle und ein Zweifel über die Identität der Person der Schwurpflichtigen nicht veranlassen könne, fand daher in jener Unterstellung eine Actenwidrigkeit und hob deshalb den angefochten O. G. Bescheid als nichtig auf.

40) Hupfeld g. Isenburg [7219] 3/4 1841; Brenzel g. v. Ochs [7712] 23/5 1841. In diesem letzteren Falle, der einen Streit zwischen einem Dienstboten und seiner Herrschaft betraf, wurde ausgesprochen, daß ein Erkenntniß im Widerspruch mit dem Inhalt der Verhandlungen sey, wenn der Schiedseid über einen Umstand zugelassen werde, welcher von der betr. Partei gar nicht behauptet und worüber der Eid nicht zugeschoben sey." Würschmidt g. Hüther [1561] 14/11 1848, in Erw.: „daß — die N.-Beschwerde in ihrer weiteren Richtung als gegründet erscheint, da die Normirung des von dem Querulaten abzuleistenden Eides der Beweisantretung, wonach die Weigerung, den erkauften Waizen zu empfangen, auch unmittelbar den Querulanten gegenüber erklärt worden seyn soll, keineswegs entspricht." — Vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. III. S. 249 Note 78 [a].

41) Heinemann g. Biermann [1331] 12/2 1848, in Erw.: „daß — da nach der Angabe in der Beschwerdenschrift der Beweissatz nicht darauf gerichtet ist, durch wen die Ueberlieferung der Waare geschehen sey, eine Actenwidrigkeit

d. Die Eidesleistung selbst endlich muß dem Erkenntnisse, in Folge dessen sie erfolgen soll, entsprechen; widrigenfalls sie selbst, als actenwidrig, Nichtigkeit zur Folge hat [42]. Als eine Actenwidrigkeit hat man es jedoch hier unter Anderem nicht betrachtet, als der Unterrichter bei der Eidesabnahme die Person eines Bevollmächtigten mit derjenigen des bevollmächtigenden Querulanten identificirte [43].

Kapitel XXIII.

§. 77.

Mängel in Beziehung auf die Annahme der Contumacia und eines Contumacial-Urtheils.

Die Entscheidung der Zweifel, ob durch die Annahme eines processualischen Ungehorsams, Androhung und Vollziehung von Rechtsnachtheilen ꝛc. Nichtigkeiten begangen werden? setzt wesentlich die Kenntniß der in einem jeden Lande geltenden speciellen processualischen Bestimmungen voraus. In Hessen besteht im Allgemeinen auch in dieser Hinsicht das gemeine Proceßrecht; indessen ist eine Reihe nach jenem bestehender Streit-

---

darin nicht gefunden werden kann, daß in die normirte Eidesformel der erwähnte Umstand nicht aufgenommen ist; — solcher auch nicht als so wesentlich erscheint, daß dessen Uebergehung als die Verletzung einer klaren gesetzlichen Vorschrift über das der Klage zum Grunde liegende Geschäft anzusehen wäre; — daß daher die erhobene N.-Beschwerde sich als ungegründet darstellt."

42) Fisc. Pr. g. Heinrich [9706] 27/6 1846.

43) Geiße g. Bernhardt [1566 a] 41/12 1848, in Erw.: „daß — da in den untergerichtlichen Verhandlungen vom Querulaten die Personen namhaft gemacht worden waren, welche im Auftrage der Querulanten die Steine bestellt haben sollen, letztere auch nachgegeben haben, daß diese Personen von ihnen mit dergleichen Bestellungen beauftragt gewesen seyen, eine Nichtigkeit darin nicht zu finden ist, daß in dem Beweissatze nicht der genannte Bevollmächtigte erwähnt, sondern solcher auf die ihnen (den Verklagten) geschehene Ueberlieferung und auf eine ihrerseits geschehene Bestellung gestellt, mithin die Handlungen der Bevollmächtigten als solche der Querulaten betrachtet werden; — und sodann auch eine die Nichtigkeit der Eidesabnahme begründende Actenwidrigkeit darin nicht angenommen werden kann, daß der Unterrichter hierbei eine den Bevollmächtigten der Querulanten geschehene Ueberlieferung der Steine als an sie selbst geschehen angesehen und den formulirten Eid hat ausschwören lassen."

fragen gesetzlich und durch die Praxis entschieden. In ihren Grundzügen ist die danach geltende Lehre folgende: [44])

I. Wenn hier von auf den Ungehorsam gesetzten Rechtsnachtheilen die Rede ist, so werden unter diesen nur die processualischen, insonderheit die des Eingeständnisses und der Ausschließung — neben den in dem Beweisverfahren vornämlich in Betracht kommenden der Anerkennung und Eidesverweigerung [45]) — im Gegensatz zu andern Nachtheilen, z. B. der Verjährung, der Auflegung des Stillschweigens im Provocations-Proceß, des Verzichts in Folge des Vergleichs rc., verstanden. Die Versäumung, als welche, was ihren Gegenstand betrifft, nicht blos die Nichtbefolgung richterlicher Auflagen, sondern auch die Unterlassung der Geltendmachung processualischer Befugnisse [46]), sich darstellt, hat die Vollziehung des angedrohten Rechtsnachtheils als Strafe, im uneigentlichen Sinne [47]), nicht aber als Verzicht [48]) zur Folge.

A. In Beziehung auf die Lehre von den processualischen Rechtsnachtheilen wegen Versäumung weicht die neuere Gesetzgebung in Hessen vornämlich hinsichtlich der Bedingungen des Eintritts des Rechtsnachtheils vom gemeinen Proceßrechte ab. Auch schon vor dem J. 1834 wurde unterschieden:

1. Zwischen den von selbst eintretenden processualischen Rechtsnachtheilen, wie sie eintreten in Folge des Ablaufs der Appell.-Fatalien, der gesetzlichen Fristen für die processualischen Restitutionen, der nicht zeitigen Geltendmachung der Einreden, sofern sie nicht privilegirt waren, der Nichtbefolgung blos monitorischer Decrete, wie die auf die Anwesenheit bei der gegnerischen Eidesleistung rc. gerichteten, die Nichtbefolgung richterlicher Auflagen überhaupt, die Kostenersatz zur Folge hatten. Diese durch Gesetze und die Natur der Sache begründete Realisirung des Rechts-

---

44) Vergl. besonders: Bickell in d. Zeitschr. für Recht rc. in Kurhessen H. 1 S. 38—93.

45) Der letztere Rechtsnachtheil ist in dem des Eingeständnisses begriffen, des Verf.'s Gerichtseid Th. II. S. 329 Note 22.

46) In beiderlei Beziehung wird ihrer gedacht im J. R. A. §. 37.

47) S. vor. Note.

48) Vergl. über die deshalbige Streitfrage: Brandis Abhandl. H. I. S. VIII. S. XVI.

nachtheils ohne Androhung findet auch nach der neuern Gesetzgebung statt.

2. In den übrigen Fällen mußte, damit den Säumigen ein Rechtsnachtheil treffen könne, eine richterliche Androhung und ein Contumacial-Antrag der Verwirklichung jenes vorausgehen. Die Controverse darüber: ob eine Nachholung des Versäumten zulässig sey? welche nicht sowohl auf den Grund des Gesetzes, als aus dem der Praxis, mitunter bejaht worden war [49]), wurde in Hessen schon früher für den Fall verneinend entschieden, daß der Contumacial-Antrag bereits gestellt war [50]); wobei man indeß annahm, daß nicht früher, als der Betheiligte Instanz gethan, der Proceß fortzusetzen sey [51]). Und diese Sätze liegen auch dem heutigen Proceßrechte zum Grunde.

B. Durch ein im J. 1834 ergangenes Gesetz [52]) wurde nun vorgeschrieben: „Die Versäumung der im Laufe des Verfahrens vorkommenden Termine und Fristen hat, ohne daß es eines Contumacial-Antrags bedarf, den Eintritt der Rechtsnachtheile, womit die Nichtbeachtung der Auflagen bedroht ist, zur unmittelbaren Folge. Das Gericht hat jedoch in den Fällen, wo eine Frist versäumt ist, das Erkenntniß erst dann auszusprechen, wenn auf dessen Ertheilung die betheiligte Partei angetragen hat. Der deshalbige Antrag erfolgt in Form einer Sollicitation. — Uebrigens tritt, insofern beide Theile in einem angesetzten Termine nicht erscheinen, der gegen die eine oder andere Partei für den Fall des Ausbleibens angedrohte [53]) Rechtsnachtheil nicht ein.“ (§. 11.) — Nach dem fruchtlosen Ablaufe der zur Klagbeantwortung bestimmten ersten Frist

49) Brandis, a. a. O. S. 3; Heffter, Instit. d. Civilpr. S. 348 Note 105.

50) v. Stein g. Mansbach, 20/12 1828.

51) l. 13 §. 2 C. de judic. (3. 1); l. 68 in f. D. eod. (5. 1); c. 24 X. de off. jud. del. (1. 29); K. G. O. v. 1555 Th. 3 Tit. 41, 42. — Bickell a. a. O. S. 44.

52) v. 16. Sept. 1834.

53) Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 1: „Zum Zwecke der Belehrung der Parteien über die Wirkungen des Ungehorsams haben die Gerichte in allen zur Vornahme einer processualischen Handlung anweisenden Verfügungen den entsprechenden Rechtsnachtheil anzuführen.“

oder des deshalbigen ersten Termins ist dem Verklagten, neben dem Rechtsnachtheile des Verlusts der Einreden, der des Eingeständnisses, besonders anzudrohen und, bei weiterem Ungehorsam, die Androhung zu verwirklichen. Für den Fall, daß die verklagte Partei über drei Meilen von dem Gerichtssitze entfernt ihren Wohnsitz hat, sind die vorgeschriebenen Fristen zur Klagbeantwortung in angemessener Weise zu verlängern, resp. die deshalbigen Termine weiter hinaus zu setzen. (§. 15.) — Das Nichterstatten der Replik zieht zugleich das Eingeständniß der Einreden nach sich, wie auch das Nichterstatten der Duplik dieselbe Folge in Beziehung auf die Repliken hat (§. 16). — Im Näheren ist in Beziehung auf die Vollziehung der Rechtsnachtheile Folgendes zu bemerken:

II. Unter der „Androhung" ist nicht blos die richterliche, sondern auch die gesetzliche begriffen. Jene wird nicht für wesentlich erachtet, wenn diese besteht [54]); die eine oder andere erscheint aber nothwendig, da das Gesetz ausdrücklich nur den Rechtsnachtheil eintreten läßt, womit die Nichtbefolgung der Auflage bedroht ist, weshalb denn selbst das Präjudiz der Ausschließung keineswegs von selbst sich versteht [55]). Diese Voraussetzung der Androhung bezieht sich nur auf den Fall des Nichterscheinens einer Partei zur Vornahme der Handlung. Für den Fall aber, wo jene erschienen ist, eine Erklärung jedoch gar nicht, oder nur in unbestimmter Weise abgegeben hat, wird, um den Rechtsnachtheil zu vollziehen, eine besondere Androhung nicht erfordert, da diese Handlung für die Parteien durch das Gesetz [56]) vorgeschrieben ist, danach aber eine weitere richterliche

---

54) Denn der §. 1 der Verordn. v. 6. Nov. 1834 schreibt sie nur „zur Belehrung" der Parteien vor, des Verf.'s N. Samml. Th. IV. Abth. 2 S. 246; dessen Gerichtseid Th. II. S. 329, 345.

55) Bickell a. a. O. S. 46.

56) v. 16. Sept. 1834 §. 17: „Der Verklagte ist schuldig, sowohl auf die in der Klage angebrachten Thatsachen, als auch über die Anerkennung der zu deren Nachweisung, nach Maaßgabe der bestehenden gesetzlichen Vorschriften, beigebrachten Urkunden sich bestimmt und speciell zu erklären. Diejenigen Thatsachen, worüber nur eine unbestimmte oder gar keine Erklärung erfolgt, sind als eingestanden, beziehungsweise die Urkunden in diesem Falle als anerkannt zu betrachten." §. 18. „Diese Bestimmung findet auch Anwendung auf die im

Androhung überflüssig erscheint. — In Beziehung auf jenes Erforderniß gilt nun zunächst der Grundsatz, daß der Bescheid nichtig ist, welcher die Androhung eines andern, als des gesetzlich bestimmten [57]), oder eines ganz unstatthaften [58]), oder un-

---

weiteren Verfahren behaupteten Thatsachen und überreichten Urkunden." Ueber die usuelle Auslegung dieser Vorschriften vergl. des Verf.'s N. Samml. Th. I. S. 37—57.

57) So hatte, sowohl nach den Grundsätzen des gemeinen Processes, als nach älterem hessischen Rechte (U. G. Ordn. v. 1732 Art. 3 §. 11; Regier.-Ausschr. v. 6. Jan. 1733; Proc.-Ordn. v. 5. Sept. 1745 §. 10), im ordentlichen Processe der Ungehorsam des Verklagten vor der Litiscontestation nicht, wie nach dem Gesetze v. 16. Sept. 1834, alsbald die Strafe des Eingeständnisses der Klage, sondern nur die der Ausschließung mit den Einreden, sowie die Annahme der Ableugnung der Klage und die Nachlassung deren Beweises zur Folge. Das rechtfertigte denn auch die Annahme, daß diese gesetzliche Wirkung durch eine davon abweichende Androhung von Seiten des Richters meist verändert werden könne, der Richter sonach nicht befugt sey, in der angegebenen Proceßlage das Präjudiz des Eingeständnisses anzudrohen, oder das unzuständiger Weise angedrohte zu vollziehen, Calkhof g. Wiß [679] 1828. Darum wurde in Fällen, wo, weil künftige Leistungen eingeklagt waren, nicht ein mandatum cum clausula erlassen, sondern vielmehr die Sache in den ordentlichen Proceß eingeleitet; nicht, — nach Maaßgabe jener gesetzlichen Vorschriften, — das Präjudiz der Ausschließung, sondern das des Eingeständnisses angedroht und verwirklicht, Bachmann g. v. Bischofshausen, O. A. G. D. v. 28/6 1817; — überhaupt da, wo der letztere Rechtsnachtheil, statt des ersteren, angedroht war, das jenes realisirende Erkenntniß für nichtig erklärt, weil „gegen klare gesetzliche Bestimmung dies geschehen sey, Han. Hofgerichts-Ordn. Tit. 11 §§. 33—35, in S. Pohl g. Hunkel, 25/11 1820; Trapp g. Wannemacher, 18/12 1822; Fisc. Pr. g. Menger 1830; — und als bei Anberaumung des ersten Termins zur Erklärung auf eine Liquidation, gegen die Vorschrift des §. 15 des Gesetzes vom 16. Sept. 1834, statt des R. des Kostenersatzes, alsbald der des Eingeständnisses resp. der Ausschließung angedroht und darauf realisirt war, hierin sowohl eine Versagung des rechtlichen Gehörs, als ein Verstoß wider jenen §. 15 und darum eine Nichtigkeit gefunden, Werner g. Hohmann [204] 27/11 1847.

58) z. B. das Präjudiz der Eidesverweigerung alsdann, wenn mit der Erklärung auf die Zuläßigkeit der Eidesdelation die Antretung des Beweises zur Gewissensvertretung verbunden ist, Schubert g. Riegelmann [4317] 1837. Es bezieht sich das auf den §. 32 des Ges. v. 16. Sept. 1834, wonach „der Product in seiner Vernehmlassung auf den Beweisantritt, auf alle Beweismittel, namentlich auch auf den eventuell angetragenen Eid sich zu erklären hat" und „im Fall entstehenden Streits über die Zuläßigkeit der Eideszuschiebung, mit der deshalbigen Erklärung der über die Annahme oder das Zurückschieben des Eides

angemessenen [59]) Rechtsnachtheils verwirklicht [60]). Dieß erleidet nähere Bestimmung dahin:

1. Hat das Gesetz den Rechtsnachtheil nicht angedroht, so kann auch von einer durch die Unterlassung der Androhung begangener Nichtigkeit, nach dem oben (S. 420) Bemerkten, keine Rede seyn [61]).

2. Wird, abgesehen von einem gesetzlich bestehenden Rechtsnachtheil, ein vom Richter nicht angedrohter realisirt [62]), so begründet dieß eine Nichtigkeit [63]).

3. Ist zwar der Rechtsnachtheil, z. B. der der Eidesweigerung, angedroht, aber eine entsprechende Auflage, wie die im gedachten Fall auf Beibringung eines Eidesbelehrungsscheins, nicht gemacht worden, so wird alsdann jene Androhung nicht vollzogen, sondern ein anderer Termin zur Befolgung, z. B. der Eidesleistung, angesetzt [64]).

4. In den Fällen, wo die Androhung des Rechtsnachtheils durch den Richter nothwendig vorausgehen muß, braucht jedoch dieselbe in einem etwaigen Erstreckungsdecrete nicht wiederholt zu werden [65]).

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen ist nun noch rück-

---

oder der Antritt des etwa beabsichtigten Beweises zur Gewissensvertretung bei Meidung der Eidesverweigerung verbunden werden muß."

59) Pletsch g. Hahn [8352] 22/7 1826.

60) Witzell g. v. Baumbach [2038] 27/11 1849: „daß — in der nicht gerechtfertigten Vollziehung der Special-Rechtsnachtheile eine Versagung des rechtlichen Gehörs gefunden werden muß, welche als Hintansetzung eines wesentlichen Erforderniſſes des processualischen Verfahrens, die Nichtigkeit des deshalbigen Erkenntnisses mit sich führt."

61) Des Verf.'s Gerichtseid Th. II. S. 329 Note 22. Der letzte hier erwähnte Fall ist mitgetheilt in den Annal. V. 192.

62) Sandrock g. v. Schollen [8196] 17/9 1845, in Erw.: „daß der vom Appellanten gestellte Contumac.-Antrag als unbegründet erscheint, da die dem Appellaten durch Vorbescheid — gemachte, nur die Aufklärung des Sachverhältnisses bezweckende, Auflage mit Androhung des Rechtsnachtheils der Sachfälligkeit nicht verbunden war."

63) Vergl. des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 246 Note 4.

64) Stilling g. Mencke [7543] 27/7 1844.

65) Henkel g. Elias, O. A. G. D. v. 1834; wodurch die gegen einen solchen Ausspruch erhobene N.-Beschwerde zurückgewiesen wurde.

sichtlich der Androhung der **einzelnen Rechtsnachtheile** zu bemerken und zwar

a. in Ansehung der **Klage** und ihrer **Beantwortung**: Für den **Kläger** bestand ehedem rücksichtlich des ersten Termins das allgemeine Präjudiz des Kostenersatzes, wenn der Richter die Präclusion nicht ausdrücklich angedroht hatte [66]. Heutigestags erfolgt die Klagmittheilung alsbald unter Ansetzung eines peremtorischen Termins (Frist) [67]. — Was den **Verklagten** angeht, so ist demselben, neben dem Rechtsnachtheile des Verlusts der Einreden, der des Eingeständnisses besonders anzudrohen [68]; unterbleibt dies, so tritt, im Fall der Versäumung des Termins rc., nur Verurtheilung in die Kosten des verzögerten Processes ein; — ein Fall, der von der unterbliebenen oder unbestimmten Erklärung auf die Klagbehauptungen, rücksichtlich welcher zur Vollziehung des Präjudizes des Eingeständnisses besondere Androhung nicht erforderlich erscheint [69], zu unterscheiden ist, da zwar wohl die Unterlassung der **ganzen** Handlung, nicht aber auch deren Vornahme in **ungesetzlicher** Weise entschuldigt wird [70].

b. Rücksichtlich der **Re-** und **Duplik-Handlung** wird die Androhung der Rechtsnachtheile des Geständnisses und der Ausschließung nicht wesentlich erfordert; da sie nur zur Belehrung der Parteien vorgeschrieben ist. Gleiche Grundsätze gelten auch für die weiteren Erklärungen, z. B. auf die Eidesdelation, auf Urkunden, auf die Appellationsschrift [71].

c. Auch in Betreff der **Beweisantretung** konnte früher eine Androhung nöthig erscheinen; also die des Rechtsnachtheils der Ausschließung für den Beweispflichtigen, wenn er die Auflage jener in der bestimmten Zeit versäumt, die Urkunden,

---

66) **Gesetz** v. 16. Septbr. 1834 §. 15. Eine Ausnahme gilt denn auch für das Bagatellverfahren, nach dem **Gesetz** v. 18. Oct. 1834 §. 13; indem danach die Entbindung des Verklagten von der Instanz auszusprechen ist. **Bickell** a. a. O. S. 47.

67) **Provisor. Gesetz** v. 22. Juli 1851 §§. 56, 60.

68) **Gesetz** v. 16. Sept. 1834 §. 15.

69) **Gesetz** v. 16. Sept. 1834 §§. 16—18. (S. oben S. 420.)

70) **Bickell** a. a. O. S. 48.

71) **Bickell** a. a. O. S. 50.

Zeugen z. B. in dem Termin nicht producirt, — der Eidesweigerung, wenn der Delat den Termin zur Erklärung auf die Eidesdelation versäumt [72]) hatte. Die gemeinrechtlich streitige Frage: ob die Beweisfrist an sich peremtorisch, richterliche Androhung sonach nicht wesentlich erforderlich sey [73])? ist in Hessen durch die neueste Gesetzgebung dahin entschieden worden, daß, wenn die Beweisantretung in Folge des Beweisbeschlusses in dem Termin, worin dieser ertheilt war, nicht erfolgt, alsdann „noch eine peremtorische achttägige Frist" zur schriftlichen Antretung des Beweises gestattet werden kann [74]).

III. Hinsichtlich der Versäumung selbst kommt, um einen Ungehorsam anzunehmen, in Betracht

1. daß die Publication, Aushändigung oder Insinuation der Verfügung stattgefunden hat [75]) und Termin resp. Frist [76]) und unter Umständen der Ort [76a]) bestimmt ist;

2. daß der vom Tag dieser gerichtlichen Acte beginnende Lauf der bestimmten Zeit beendigt war [77]). In Beziehung auf Termine ist die hier in Betracht kommende Con-

---

72) nicht auch für den Fall, wenn er erschienen war, diese Erklärung aber nicht abgegeben hatte, indem dann zur Vollziehung des R. die vorgängige Androhung nicht nöthig war, Bickell a. a. O. S. 52.

73) In Althessen war sie es nicht ohne eine solche Androhung; insonderheit enthielt die Gesetzgebung von 1834 keine dahin einschlagende Bestimmung; hatte aber der Richter in seiner Verfügung des Ausdrucks „peremtorischer Frist" sich bedient, so galt derselbe für eine Androhung. Nach Fuld. und Hanau'schem Rechte — Fuld. Verordn. v. 19. Nov. 1804 §. 70; Hanau. U. G. Ordn. Tit. 11 §. 78 — hingegen hatte sie jene Natur, Bickell a. a. O. S. 51.

74) Provisor. Gesetz v. 22. Juli 1851 §. 61. Vergl. das oben S. 208 Bemerkte.

75) Vergl. hierüber S. 296 fg.

76) Ist dies unterblieben, dann kann der Rechtsnachtheil nicht realisirt werden. Daher wurde z. B. dem Verklagten die erforderte Erklärung auf die klägerische Beweisantretung noch nachgelassen, v. Allix g. Fisc. Pr. [6317] 3/10 1840.

76a) Wenn der Richter außer dem Gerichtsort einen Termin, z. B. zur Augenscheins-Einnahme, ansetzt, so muß er Ort und Zeit im Decret angeben; es ist das für die Begründung des Vollziehungsantrags erheblich, Heinemann g. Fisc. Pr. [7978] 21/10 1843.

77) Bei Nothfristen wird der erste und letzte Tag für einen gerechnet, Bickell a. a. O. S. 70.

tumacirzeit alsdann, wenn nicht [78]) solche als mit der Gerichtszeit zusammenfallend zu betrachten steht, von der letzteren zu unterscheiden. Zwar ist für Althessen ein auf den Bericht eines Untergerichts ergangenes Regierungs-Rescript [79]) ergangen, wodurch jenem bekannt gemacht wird: „daß, da die Contumacirzeit bis 12 Uhr dauere und keinem Gerichte zustehe, solche für sich zu verkürzen, das Erkenntniß, durch welches die — im amtlichen Berichte erwähnte — Partei in die Terminskosten verurtheilt worden, in diesem Puncte nicht nur zurückzuziehen, sondern auch das an der Thür der dortigen Gerichtsstube hierauf Beziehung habende Affixum abzunehmen und sich in judicando für die Zukunft nach dieser Vorschrift zu richten sey." Allein man hat darin keine allgemein gesetzliche Bestimmung gefunden [80]) und daher den einzelnen Untergerichten überlassen, die Befugniß anderweite Bestimmungen über jene Zeit, mit Genehmigung des Obergerichts, zu treffen [81]). Hat nun das Gericht zur Vornahme einer processualischen Handlung, z. B. der Vernehmlassung, Eidesleistung rc., nur im Allgemeinen eine bestimmte, in den Lauf der Gerichtszeit fallende Stunde, unter Androhung eines die Sache selbst betreffenden Rechtsnachtheils, angesetzt, so ist damit eine Anordnung nur über den Zeitpunct, zu welchem die Gerichtszeit für die betr. Sache beginnen soll, nicht aber auch zugleich über den Anfang der allgemeinen Contumacirzeit getroffen und es kann daher, ehe und bevor der, innerhalb dieser letzteren bewiesene Ungehorsam der Partei feststeht, der angedrohte Rechtsnachtheil nicht verwirklicht werden [82]).

---

78) wie z. B. nach der Hanau. U. G. O. Tit. 10 §. 2 der Fall, deren gemäß die Ungehorsams-Beschuldigung — eher nicht, bis nach geendigtem Amtstag zu Protokoll zu nehmen ist.

79) v. 13. Sept. 1804; aufgenommen in die Samml. d. Landesordn. Th. IV. S. 447.

80) Vergl. über den Werth solcher Erlasse der Regierung überhaupt: Kulenkamp in d. Vorrede zum Th. IV (S. XVIII) der N. Samml. d. Hess. Landes-Ordn.; — des Verf.'s N. Samml. Th. I. S. 29 fg.

81) N. Samml. a. a. O.

82) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O.; Rechtsf. Nr. 2 (S. 32) und 3 (S. 33); Hamert z. S. Thielepape g. Stern, 1827; Giede g. Heisen [9814] 2/8 1845. Unter dem Gesichtspunct der Restit.-Ertheilung: Merle g. Wittich [9322] 15/3 1845.

Nur alsdann, wenn mit einer solchergestalt erlassenen Auflage ausdrücklich noch die weitere Androhung sofortiger Ausschließung im Fall unterbleibender Vornahme der Handlung in der bezeichneten Terminsstunde verbunden worden wäre, würde die Realisirung der Androhung vor dem Ablauf der allgemeinen Contumacirzeit gerechtfertigt seyn [83]; wohingegen andererseits aus der Angabe einer bestimmten Stunde allein, im Zweifel, nur die Bestimmung, daß die Gerichtszeit für die betr. Sache mit der festgesetzten Stunde beginnen solle, nicht aber eine Anordnung über den Anfang der Contumacirzeit zu folgern ist, — die Annahme der Contumacia aber, im Fall die zum Handeln pflichtige Partei während der die fragliche Sache betreffenden Gerichtszeit sich einfindet, eine Nichtigkeit begründet [84]). — Ge-

83) Dies deutete auch das O. A. Gericht an im Rechtsf. 3 in der N. Samml. a. a. O. S. 35.

84) In dem in v. Note erwähnten Falle war der Verklagten s. praej. confessi aufgegeben: „um 9 Uhr Morgens" sich einzufinden. In einem andern Falle (Gutermuth g. Zirkel [5084] 1858, abgedr. in den Annal. Th. VI. S. 315) war beiden Theilen Beweis auferlegt, und zur Verhandlung über die anticipirend angetretenen Beweise, so wie zur Vernehmung der benannten Zeugen auf den — „Morgens 9 Uhr", Termin, bei Meidung des Ausschlusses und des einseitigen Vorgangs, angesetzt. Bei dem Aufruf nach 9 Uhr erschien klägerischerseits Niemand, des Verklagten Zeugen wurden darauf vernommen. Während dies geschah, fand sich Klägers Anwalt ein, bat zu protokolliren, daß er 5 Minuten vor 3/4 10 Uhr erschienen sey und begehrte Restitution und Zulassung zu weiteren Verhandlungen. Das Untergericht wies ihn damit zurück, „da weder Kläger noch sein Anwalt zur festgesetzten Stunde erschienen sey und das Erscheinen während des Verlaufs der Verhandlungen zur Restitution beim Mangel eines Grundes die Ertheilung der letzteren nicht rechtfertige"; zugleich erkannte es den Kläger für beweis- und sachfällig. Dieser führte beim Obergericht die Nichtigkeits-Beschwerde ein, indem er deducirte, daß er, nach l. 7 D. de in int. rest. (4. 1), mit seinem Beweise nicht habe ausgeschlossen werden dürfen. Er wurde aber zurückgewiesen. Die an die dritte Instanz fortgesetzte gleiche Querel hatte dagegen eine erweiterte, nicht blos auf die geltend gemachte Gesetzwidrigkeit beschränkte, Prüfung jener und diese eine auf Zulassung des Klägers mit seiner in jenem Termin sich vorbehaltenen Erklärung in einem weiter anzusetzenden Präjudicial-Termin zur Folge, in Erw.: „daß die zunächst zur Beurtheilung kommende Nichtigkeits-Beschwerde, ihrem Grund und Gegenstande nach, als solche über Versagung des rechtlichen Gehörs aufzufassen ist und somit die Verletzung eines wesentlichen Bestandtheils des processualischen Verfahrens begreift, — unter dieser Voraussetzung die Frage, ob Kläger und Querulant wegen nicht zeitigen

suche um Erstreckung des Termins, welche erst in diesem angebracht werden, beseitigen den Nachtheil nicht auch in Beziehung auf den Kostenpunct [85]; sind sie unbegründet, überhaupt nicht [86]).

3. Was sodann das Nichthandeln, die Versäumung der gerade in Betracht kommenden Thätigkeit, anlangt, so gilt hier zunächst der Satz: daß eine solche Handlung eine rechtsbegründete Grundlage haben muß und daß, wenn sie derselben ermangelt, die Realisirung eines speciellen Rechtsnachtheils eine wesentliche Unvollständigkeit in den Verhandlungen erzeugt, welche dem Angriffe mit der Nichtigkeits-Beschwerde unterliegt [87]). Im Uebrigen aber wird erfordert

a. daß ein wirklicher Ungehorsam, nicht etwa ein nur mangelhaftes Handeln vorliegt [88]). Wäre ersichtlich, daß die Partei mit Grund geglaubt hätte, sie genüge der Auflage durch ihre Thätigkeit, so ist dann nicht die Verwirklichung des

---

Vorbringens seiner weiteren vorbehaltenen Erklärung im Termin vom 10/7 1855 mit Recht ausgeschlossen worden ist, vom freien, nicht durch Verletzung einer klaren gesetzlichen Vorschrift beschränkten, Standpunkte zu beurtheilen ist, — hiernach aber, da der Unterrichter zur Zeit, als Querulant diese Erklärung abzugeben beantragte, noch mit eben dieser Sache resp. der Abhaltung des durch Verfügung vom — anberaumten Termins beschäftigt war, der letztere mit Unrecht mit der mehrgedachten Erklärung in seinem Ungehorsam ausgeschlossen worden ist."

85) Bickell a. a. O. S. 72.

86) Bourein g. Creppon [8944] 20/4 1843.

87) Kalbfleisch g. Ickes [7771] 6/11 1841. Erklärt sich z. B. der Verklagte auf ein Vorbringen in der Klage, welches weder zu deren Begründung gehört, noch als anticipirte Replik gegen eine im ersten Verfahren vorzubringende Einrede zu betrachten ist, so liegt dann eine Contumacia nicht vor, Epstein g. Harnickel [141] 23/1 1847. Als eine Klage nicht gehörig begründet, später aber, beim Rechtsnachtheil der Zurückweisung wie angebracht, nachgelassen wurde, dem Mangel abzuhelfen, dies gleichwohl unterblieb, wurde vom O. A. Gericht erkannt: „daß auch eine Verbesserung der Klage nicht nochmals nachgelassen werden konnte, vielmehr, in Gemäßheit des angedrohten Rechtsnachtheils zu erkennen war", Bode g. Scheffer [3254] 1836. — Vergl. auch Bickell a. a. O. S. 87.

88) wobei freilich die Frage: ob eine Partei, den vorkommenden Umständen nach, als ungehorsam im Termin ausgeblieben zu betrachten sey? als ein mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht anfechtbares Resultat der richterlichen Reflexion betrachtet ist, Eberhard g. Schmidt [4924] 9/2 1839.

Präjudizes, sondern Erneuerung der Auflage, unter Wiederholung der Androhung, die Folge [89]).

b. Selbst wenn die Partei die Auflage gar nicht befolgt, aber Gründe angibt, weshalb sie das Verlangte vorzunehmen nicht schuldig sey, kann die alsbaldige Realisirung der besonderen Rechtsnachtheile alsdann nicht gerechtfertigt werden, wenn diese Gründe solche sind, welche den Verdacht des Ungehorsams und der Proceßverzögerung entfernen [90]). Wenn also z. B. der Partei die Production von Acten, oder sonstigen Urkunden, welche nicht ohne Mitwirkung des Gerichts erfolgen kann, aufgegeben wäre, das letztere hätte sich aber seiner Thätigkeit in dieser Beziehung entschlagen, so würde dann von einem Ungehorsam der Partei nicht die Rede seyn können, in welcher Hinsicht man der gegentheiligen Annahme sogar die Folge der Nichtigkeit gegeben hat [91]). Eben so versteht es sich, wegen der

89) Bickell a. a. O. S. 73 Note 45. Wenn also z. B. der Provocat zwar, der geschehenen Auflage gemäß, eine Klage angestellt hat, solche aber nicht als geeignet befunden wird, eine Entscheidung über den Rechtsstreit herbeizuführen, so liegt hier keine Contumacia vor, vielmehr wird zur Anstellung der Klage eine neue Frist angesetzt, Lion g. Epstein [8554] 3/8 1844. — Entschuldigt der appellantische Anwalt im Termin das Nichterscheinen seiner Partei, gesteht er zugleich sein Versehen, solche auf die Nothwendigkeit ihrer persönlichen Anwesenheit im Termin, z. B. zur Leistung des Calumnieneids, nicht besonders aufmerksam gemacht zu haben, ein, — so ist dann ebenwohl die Annahme, daß die Partei jenen Eid verweigert habe, folgeweise der vom Gegner zu leistende Hauptеid für ausgeschworen zu halten sey, nicht berechtigt, Merz g. Merz [8740] 22/5 1840. — Erscheint der Schwurpflichtige im Schwörungstermin nicht, indem er vielmehr durch seinen Anwalt, dem er das Streitobject cedirt hat, den Eid ausschwören lassen will, so ist, wenn auch dieser Antrag verwerflich wäre, die Vollziehung des Rechtsnachtheils der Eidesweigerung unstatthaft und die Ansetzung eines andern Termins erforderlich, Kehr z. S. Goldschmidt g. S. [8553] 28/10 1843. — Als die Partei im Schwörungstermin zwar erschien, aber den erforderlichen Eidesbelehrungsschein nicht vorlegte, wurde gleichfalls eine Contumacia nicht als vorhanden angenommen, Dellevie g. Friedländer 1835; Gerlach ux. g. ihr. Ehem. [4057] 30/6 1838. Ueber den von obigem Fall verschiedenen der unbestimmten Erklärung im Termine selbst, sowie der Eidesverweigerung und den deshalbigen Rechtsnachtheilen ist bereits früher (S. 420 fg.) gehandelt worden.

90) Raßdorf g. Stark, O. A. G. D. v. 1830; v. Hundelshausen g. v. H. 1832. Bickell a. a. O. S. 74 Note 46.

91) Boucsein g. Crepon [325] 1/4 1846. In der Executions-Instanz wurde,

Suspensiv-Wirkung devolutiver Rechtsmittel, von selbst, daß wenn z. B., ungeachtet eines ergangenen appellabeln Eidsbescheids, vom erkennenden Gerichte ein Termin zur Eidesleistung vor Ablauf des Decendiums angesetzt wurde, die betr. Partei innerhalb dieser Frist jenen Termin unbeachtet lassen darf, ohne sich den angedrohten Folgen des Ungehorsams auszusetzen; und es wird durch Realisirung des Rechtsnachtheils (z. B. der Eidesverweigerung) ein wesentliches Erforderniß des Processes verletzt, und eine Nichtigkeit begangen [92].

c. Die gleiche Folge muß sodann eintreten, wenn zwar die erforderte Handlung vorgenommen wird, diese aber wegen Mangels in der Legitimation des Vertreters der Partei zum Proceß wirkungslos erscheint [93].

---

nachdem die Auspfändung fruchtlos geblieben war, dem Verklagten die Vorlegung eines Vermögens-Verzeichnisses und dessen eidliche Erhärtung in einem angesetzten Termine aufgegeben. Vor dem Eintritt des letzteren waren die Acten, worin sich, wenn auch nur unvollständige, Verzeichnisse der gedachten Art befanden, von dem Untergericht an das Obergericht eingeschickt worden. Ungeachtet nun der Verklagte, als er im Termin die Acten nicht vorfand, um Aussetzung desselben bis zur erfolgten Zurücksendung jener, eventuell um Veranlassung dieser gebeten, der Kläger aber nur darauf, den Verklagten in die Kosten des Termins zu verurtheilen, angetragen hatte, erkannte gleichwohl das Untergericht in der Sache selbst in den Ungehorsam des Verklagten, und das Obergericht beließ es dabei. Beide Erkenntnisse wurden aber in dritter Instanz aufgehoben und die Sache durch eine Abänderung dahin, daß zur Befolgung jener Amtsverfügung ein anderer Termin anzusetzen und sodann weiter zu erkennen sey, in die richtige Lage gebracht, in Erw.: „daß zur gehörigen Abhaltung des zur Befolgung der untergerichtlichen Auflage — auf den — angesetzten Termins die Vorlage der Acten erforderlich war, auf welche sich jene Auflage gründete und demnach, da die gedachten Acten in dem erwähnten Termine fehlten, nicht auf die gepflogene Verhandlung des Widerspruchs des Querulanten ungeachtet, in deren Ungehorsam erkannt werden konnte, vielmehr anderer Termin zur Befolgung jener Auflage anzusetzen war, — mithin die in den Ungehorsam des Querulanten erfolgte Verurtheilung als rechtsbeständig nicht betrachtet werden kann und darin eine Versagung des rechtlichen Gehörs zu finden ist."

92) Damm z. S. v. Heßberg g. D. [6262] 17/4 1839.

93) In dem, unter Androhung der Special-Präjudicien auf den 7/1 1840 angesetzten Termin zur Erklärung auf die Klage überreicht der nicht bevollmächtigte Substitut des verklagtischen Vertreters die Schrift. Das J. Amt gibt sie zurück und setzt andern Termin, unter Wiederholung der angedrohten Rechtsnachtheile, an. Jetzt bestellt der Verklagte einen andern Anwalt, welcher den Er-

d. Ist von der Nichtgeltendmachung von Rechten, z. B. zur Vorbringung von Einreden, Repliken rc., die Rede, so wird auch hier der bloße Mangel — im Gegensatz zum Garnichtvorbringen — durch spätere Erläuterung beseitigt [94]).

e. In Beziehung auf die Eidesweigerung ist in Hessen vorgeschrieben, daß der Product in seiner Vernehmlassung auf den Beweisantritt auf alle Beweismittel, namentlich auch auf den eventuell angetragenen Eid sich zu erklären hat, so wie, daß im Fall eines entstehenden Streits über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung mit der deshalbigen Erklärung die über die Annahme oder das Zurückschieben des Eides, oder der Antritt des etwa beabsichtigten Beweises zur Gewissensvertretung bei Meidung der Eidesweigerung verbunden werden muß [95]). Aus der hiernach dem Producten eingeräumten resp. zur Pflicht gemachten Cumulation verschiedener Mittel der Vertheidigung wider des Producenten Beweisantretung ergibt sich die Obliegenheit des Richters und die Norm für sein Verhalten. Hat

ceptionssatz mit dem Bemerken einreicht, daß sein Client wegen jenes Mangels in der Proceßlegitimation aus näher angegebenen Gründen schuldlos sey. Nachdem hierauf das J. Amt den Verklagten verurtheilt, dieser dawider appellirt, der Kläger aber dahin, daß nach dem zuerst gedachten Termine das Präjudiz nicht alsbald realisirt worden sey, adhärirt hatte, — erklärte das O. Gericht diese Adhäsiv-Beschwerde für begründet und das O. A. Gericht hiernächst diesen Ausspruch für gerechtfertigt, „da das J. Amt in Folge der von ihm verfügten Zurückgabe des Vortrags vom 7/1 1840, weil solcher von einer zur Vertretung des Verklagten nicht gehörig legitimirten Person eingereicht worden, gegen diesen auch den Rechtsnachtheil des beharrlichen Ungehorsams eintreten lassen mußte", Otto g. Möbus [7693] 5/3 1842. — Die nicht an die Person des Appellaten, sondern an dessen Anwalt geschehene Insinuation des die vollen Appellationsprocesse erkennenden Decrets wurde ehedem nicht für dazu geeignet gehalten, um einen Contumacial-Antrag von Seiten des Gegners zu begründen, Bornemann g. Klinge [3286] 8/12 1832. — Ein mit der Einreichung von Terminsvorträgen nicht aber mit der vollständigen Abhaltung der Termine beauftragter Beamter ist (in den Staatsanwalt betreffenden Sachen) nicht als ein zur Empfangnahme der darauf erfolgenden Erkenntnisse gehörig legitimirter Vertreter des Staatsanwalts zu betrachten und es kann daher auf die an einen solchen geschehene Insinuation ein Contumacial-Antrag wider den letzteren nicht gegründet werden, Fisc. Pr. g. Gem. Ebersdorf [4194] 9/12 1837.

94) Bickell a. a. O. S. 74.

95) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 32 Abs. 1, 2.

also z. B. der Product mit der Erklärung über die Zulässigkeit des ihm deferirten Eides die Antretung des Beweises zur Gewissensvertretung verbunden, so kann dann der Richter den Rechtsnachtheil der Eidesverweigerung nicht vollziehen, indem darin eine Versagung des rechtlichen Gehörs in Beziehung auf den angetretenen Beweis zur Gewissensvertretung liegen würde, welche die Hintansetzung eines wesentlichen Erfordernisses des processualischen Verfahrens enthalten würde und daher die Nichtigkeit des betreffenden Erkenntnisses zur Folge haben müßte [96]. Im Uebrigen ist dagegen durch jene Vorschrift dem Ermessen des Richters ein umfassender Raum gewährt, so daß ein daraus hervorgegangenes Urtheil der Nichtigkeit nicht leicht unterliegen wird. Als daher z. B. die Frage entstand: ob die unterbliebene Androhung des Rechtsnachtheils der Eidesweigerung die Nichtigkeit des den letzteren verwirklichenden Bescheides begründe? wurde solche verneint, weil es nach Maaßgabe jener gesetzlichen Vorschrift keiner nochmaligen ausdrücklichen Androhung des bereits vom Gesetze angedroheten Präjudizes bedürfe [97]. Ueberhaupt ist denn auch in Hessen das gemeinrechtliche Princip anerkannt, daß im Ergebnisse der Prüfung der Frage: ob eine Eidesverweigerung vorliege? die Begründung einer Nichtigkeit nicht gefunden werden könne [98].

IV. Der Antrag (Sollicitation), welcher für den Fall einer Versäumung zum Erkenntniß auf Vollziehung des durch die richterliche Auflage angedrohten Rechtsnachtheils [99] erfordert wird, ist seiner Natur nach von der s. g. Ungehor-

---

96) Schubert g. Riegelmann [437] 1837; vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. II. S. 327 Note 16.

97) Gem. Langendiebach g. Isenburg B. [4529] 28/2 1838; du Fais z. S. Wrede g. R. [4887] 30/6 1838; Fisc. Pr. g. Wiegand [1130] 26/10 1847 (abgedr. in den Annal. V. 192); vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. II. S. 329 Note 22.

98) v. Keitz g. Föh [9627] 11/3 1846.

99) Auf Versäumung der Appellations-Fatalien, Verspätung von Rest.-Gesuchen, so wie von Einreden, Repliken 2c., Nichtbefolgung blos monitorischer Decrete, in Beziehung auf welche von einer Contumacia, einer Nichtbefolgung richterlicher Auflagen, nicht die Rede ist, bezieht sich die auf jenen Antrag gerichtete Vorschrift des Gesetzes nicht, Bickell a. a. O. S. 79 fg.

sams=Anklage, wie sie ehedem auch in Hessen galt, insofern verschieden, als dabei, weil der Rechtsnachtheil selbst unabhängig davon bereits eingetreten ist, nur beabsichtigt wird, den Fortgang der Sache zu bewirken, weshalb er nicht blos vom Gegner, sondern auch vom säumigen Theile selbst gestellt werden kann, wenn dieser, z. B. der mit der Replikhandlung säumig gewesene Kläger, bei jenem Fortgang ein Interesse hätte [100]). Ist nun die Frist [1]) versäumt — gleichviel, ob durch Garnicht= oder durch solches Handeln, daß das Gericht den schriftlich eingereichten Act wegen formeller Mängel, etwa der Vollmacht, des anzuwendenden Stempels ꝛc. nicht beachten konnte, dieselbe zurückgeben mußte, — so kommt es dann zur Prüfung des Antrags selbst. Wesentlich ist dabei zunächst die Legitimation des Antragstellers zur Sache [2]) und zum Processe [3]); die letztere dergestalt, daß eine spätere Berichtigung dieses Puncts den Antrag nicht rückwärts begründen kann, und in einem gegentheiligen Ausspruche eine Nichtigkeit begründet gefunden wird [4]). Außer=

---

100) Bickell a. a. O. S. 81 fg.

1) Die Versäumung des Termins erfordert zur Vollziehung des Rechtsnachtheils jenen Antrag nicht, da im Auftreten und Handeln der erschienenen Partei eine stillschweigende Instanz dieser Art gefunden wird, Bickell a. a. O.

2) vor deren Berichtigung kann wirksam ein solcher Antrag nicht gestellt werden, Köhler g. K., O. A. G. D. v. 1835.

3) Kraft g. K. [7912] 9/9 1843. Ein Eingeständniß in contumaciam wurde hier nicht angenommen, „weil, ehe die Verklagten sich gehörig zum Processe legitimirt hätten, ein Erkenntniß in den Ungehorsam des Gegners nicht habe erfolgen können."

4) Der Anwalt des Klägers reicht die Klage ohne seine Vollmacht hierzu ein. In dem zur Erklärung auf jene angesetzten Termin bleibt der verklagte Theil damit zurück. Nunmehr trägt der klägerische Anwalt, unter Vorlegung der Vollmacht, auf ein Erkenntniß in des Verklagten Ungehorsam an und dasselbe wird ertheilt, vom O. Gericht aber die dahin ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen, „da die Mängel in der gegentheiligen Vollmacht den Querulanten nicht berechtigten, das Erscheinen vor Gericht zu unterlassen, — die Legitimation zum Processe auch in jeder Lage des Rechtsstreits berichtigt werden kann." Das O. A. Gericht hob indeß, auf die dahin fortgesetzte N.=Beschwerde, die Entscheidungen der v. Instanzen als nichtig auf, mit der Verordnung, daß zur Vernehmlassung des Verklagten auf die Klage anderweiter Termin anzusetzen sey, in Erw.: „daß, da der Anwalt des Klägers nicht durch eine ordnungsmäßige Vollmacht legitimirt war, nach §. 1 und 7 des Ges. v. 16. Sept. 1834, durch dessen Ver=

dem ist rücksichtlich des Antrags nur zu erwähnen, daß derselbe in schriftlicher Form, wobei die Unterschrift eines beim betreffenden Gerichte angestellten Anwalts [5]) erfordert wird, zu stellen ist. Wie es übrigens schon ehedem rücksichtlich einer Contumacial-Anklage genügte, wenn dieselbe allgemein gefaßt war, so braucht auch der in Rede stehende Antrag nicht nothwendig die Bitte um Realisirung der angedrohten Special-Präjudicien zu enthalten [6]).

V. In Ansehung der Realisirung des Rechtsnachtheils wird, — abgesehen von dem Fall, wo, wegen unbestimmter Erklärung auf die Handlung des Gegners, derselbe ohne vorgängige Androhung verwirklicht wird (S. 418), — bei Versäumung der Appellations-Fatalien das Rechtsmittel alsbald als desert zurückgewiesen; bei Nichtbefolgung der in den richterlichen Auflagen bestimmten Fristen, nach erfolgtem Antrag des Gegners aber, ohne vorgängiges Präclusivdecret, das Contumacial-Erkenntniß in der Hauptsache nach Maaßgabe des zu realisirenden Rechtsnachtheils [7]) vollzogen. Dabei hat man aber angenommen, daß die Entscheidung der Frage, ob ein Fristgesuch so lange noch zulässig sey, als auf die gegnerische Ungehorsamsanklage noch nicht erkannt worden, keinen Stoff zu einer Nichtigk.-Beschwerde darbiete [8]).

---

handlungen im Termin vom — ein Contumac.-Erkenntniß gegen den ausgebliebenen Verklagten nicht begründet werden konnte; — die spätere Einreichung einer berichtigten Vollmacht aber jenen Mangel der Proceßlegitimation nicht in der Art zu ergänzen vermochte, daß alsbald, ohne vorgängiges Gehör des Verklagten, in dessen Ungehorsam zu erkennen, — vielmehr nach nun erst berichtigter Proceßlegitimation das Verfahren zu eröffnen war; — daß bei dem vorliegenden Mangel an den wesentlichen Bestandtheilen des Processes der Bescheid vom — sowohl, als die Entscheidung des O. Gerichts — als nichtig sich darstellen", Wenz g. Volei [8007] 19/1 1842.

5) Verordn. v. 6. Nov. 1834 §. 2.

6) Henkes g. Elias, O. A. G. D. v. 18/3 1845.

7) wenn z. B. der Verklagte in der Klagbeantwortung ungehorsam war, wird, wie unter Umständen auch bei Versäumung der Re- oder Duplik, ein endliches Erkenntniß ertheilt, wenn nämlich die Replik nicht erstattet, die Einrede aber begründet war; oder aber Beweis auferlegt; — im Beweisverfahren tritt der Rechtsnachtheil der Anerkennung, Eidesverweigerung rc., folgeweise regelmäßig ebenwohl endliche Entscheidung ein; Bickell a. a. O. S. 83.

8) Fisc. Pr. g. Schütte, O. A. G. D. v. 13/1 1834. Es kann hiervon um so weniger bei der dermaligen „Sollicitation" die Rede seyn.

VI. Abgesehen von dem Rechtsmittel der Restitution, welche gegen einen solchen Contumacial-Bescheid [9]) stattfindet [10]), — ist eine Beschwerde zulässig, sowohl wenn es sich von einem decretum desertae appellationis, als von einem Contumacial-Erkenntnisse, sofern dieses als solches beschwerend ist, handelt. Inwieweit eine solche Entscheidung namentlich im Wege der Nichtigkeits-Beschwerde anzufechten steht, hängt davon ab, ob im concreten Fall die Verletzung eines klaren Gesetzes oder eines wesentlichen Bestandtheils des Processes vorliegt [11]). Die im Bisherigen enthaltenen Andeutungen geben in dieser Hinsicht Anhaltspuncte für die Entscheidung deshalbiger Zweifel, im Uebrigen ist noch zu bemerken:

1. in Betreff der Competenz: Ein Contumacial-Erkenntniß als solches kann nur von demjenigen Richter ertheilt werden, bei welchem die Contumacia vorgekommen ist; der höhere, bei dem jenes Erkenntniß angefochten wird, hat nur zu prüfen, ob es gerecht sey? Die Bejahung dieser Frage bestimmt sich aber danach

a. ob wirklich eine Versäumung, Contumacia, vorhanden, ob, wie früher angedeutet, z. B. die Vorladung gehörig erfolgt, die bestimmte Zeit abgelaufen war? Die Nachholung der in erster Instanz versäumten Handlung erscheint dann nicht als purgatio contumaciae, sondern als neues Vorbringen;

b. ob die Folge der Contumacia richtig gewürdigt, oder umgekehrt die Androhung des durch das Contum.-Erkenntniß realisirten Rechtsnachtheils rechtswidrig oder wirkungslos, oder der letztere zu weit ausgedehnt worden sey? Die Frage: ob in Fällen dieser Art nur der obere Richter Abhilfe gewähren, oder schon der untere, bei welchem die Contumacia vorgekommen,

---

9) verschieden von dem Erkenntniß, wodurch eine unzulängliche Befolgung der richterlichen Auflage angenommen, z. B. nicht auf Versäumung der Beweisfrist, sondern auf eine ungenügende Antretung des auferlegten Beweises, Gem. Ilschhausen g. Zück [8852] 26/3 1845, oder über die Eidesweigerung sich ausgesprochen wird, Hupfeld g. Cöster [7414] 18/12 1841.

10) Für Hessen zu vergl.: Gesetz v. 16. Sept. 1834 §§. 10 fg.; v. 2. Jul. 1843.

11) Bickell a. a. O. S. 92.

den Nachtheil beseitigen könne, entscheidet sich, wenn es sich nicht von einem wirkungslosen Präjudiz handelt, das schon der Unterrichter nicht zu realisiren hat [12]), danach: ob die Androhung auf den Grund zweiseitiger Verhandlungen durch Bescheid oder durch Decret erfolgt ist? In jenem Fall kann, nach heutigem Proceßrechte in Hessen [13]), dasjenige Gericht, welches die Klage nach Beendigung des präparatorischen Verfahrens einmal für begründet erachtet, dem Streit durch ein Beweisinterlocut eine neue Grundlage gegeben hat (S. 353), jene Begründung nicht mehr in Frage stellen. Vielmehr fragt es sich dann nur noch: ob das angedrohte Präjudiz nach der dermaligen Lage des Processes an sich als wirksam zu betrachten sey. Wenn also auch z. B. die Klage unbegründet, gleichwohl dem Verklagten der Beweis seiner Einrede ohne Weiteres auferlegt wäre, so würde im Fall einer Versäumung dieses Beweises beim unteren Richter die Verurtheilung erfolgen müssen und nur das Gericht höherer Instanz, weil dieses an das Präjudiz des unteren nicht gebunden ist, in Folge der Anfechtung der Grundlage des Contumac.-Erkenntnisses, Hilfe zu gewähren im Stande seyn. Bei untheilbarem Streitobject ist, im Gegensatz zum theilbaren, der Sieg der Anwesenden auch für den Abwesenden wirksam. — In diesem Falle dagegen ist der Richter, bei dem die Contumacia stattfand, in der Lage, dem Rechtsnachtheil keine Folge zu geben.

2. Der Nachtheil der processualischen Versäumung wird abgewendet:

a. durch Einwilligung des Gegners des Säumigen, wie z. B. durch Eingehung eines Vergleichs, so wie durch die Verabredung, daß der Rechtsnachtheil im Fall der Versäumung nicht eintreten, oder wohl gar der Lauf des Processes

---

12) Hierbei kommt nicht in Betracht, ob die Androhung des Rechtsnachtheils rechtskräftig geschehen ist. Damit steht die gerichtsgebräuchliche Annahme, daß eine an sich unbegründete Klage die Verurtheilung des Verklagten alsdann herbeiführe, wenn derselbe ausdrücklich oder stillschweigends die Schuld anerkenne, nicht im Widerspruche, indem hier das Bekenntniß der Schuld als statthaftes Mittel, den Streit zu erledigen, in Betracht kommt, Bickell a. a. O. S. 88 fg.

13) zufolge des Gesetzes v. 16. Sept. 1834.

ganz sistirt werden solle[14]). Die Entscheidung der Frage: ob in der in einem Termine vom Gegner erfolgten Erklärung auf den Antrag der andern Partei ein Aufgeben seines Anspruchs auf Realisirung des angedrohten Rechtsnachtheils zu finden sey? bleibt dem richterlichen Ermessen anheim gestellt und kann daher mit der R.-Beschwerde nicht angefochten werden[15]).

b. Wenn der Gegner des Säumigen ebenwohl und zwar hinsichtlich einer Handlung ungehorsam zurückbleibt, welche entweder ein Ganzes mit der des andern Theils ausmacht, wie z. B. das gemeinsame Auftreten im Termin[16]), oder von welcher doch die Verbindlichkeit des Gegners zu der diesem auferlegten Handlung, z. B. sich zum Proceß ꝛc. zu legitimiren[17]), abhängt. Man hat aber überhaupt angenommen, daß, bei mangelhafter Befolgung der einer Partei gemachten Auflage, der von der andern begangene Ungehorsam dieser nicht schade[18]).

---

14) Im Gewärtigen einer Handlung im Termin dagegen liegt nicht die Einwilligung, auch später noch, als in diesem Termin, die Handlung als nicht verspätet annehmen zu wollen; der Vertrag der Parteien, sich nicht contumaciren zu wollen, hat nach hessischem Recht dermalen keinen Effect, weil er auf Unnöthiges sich bezieht. Die Einwilligung in eine Erstreckung der Frist ist übrigens nicht auf den Fall zu beziehen, in welchem die letztere bereits abgelaufen ist, Bickell a. a. O. S. 75 fg.

15) Eberhard g. Schmidt [4924] 9/2 1839.

16) Die Uebersendung eines schriftlichen Recesses ersetzt dies Erscheinen in Person nicht, der Termin erscheint circumducirt, die Vollziehung des Rechtsnachtheils daher ausgeschlossen, Calkhof g. Wiß, 1828, Schaub g. Fischbach, 1830, Göbel g. Viereck, 1833; Sohn g. May 1835.

17) Vergl. S. 429.

18) v. Lindau g. Goldschmidt [6503] 6/9 1840; Beyer g. v. Malsburg [6532] 29/9 1840. — Vergl. jedoch über die Bedenklichkeit des allgemeinen Satzes, daß stets die Versäumung des einen Theils mit der des andern compensirt werde, Bickell a. a. O. S. 78.

Kapitel XXIV.

Verstöße im summarischen und dem ähnlichen Verfahren.

§. 78.

Ueberhaupt.

Wenn es sich um die Frage handelt: ob in denjenigen Arten des Verfahrens, für welche ein „summatim cognoscere" vorgeschrieben ist, worin „simpliciter, de plano, sine forma judicii" procedirt werden soll, von dem Richter nichtig verfahren worden sey? so kommen hier im Allgemeinen sowohl diejenigen Grundsätze, welche, wie früher (S. 67 fg.) angeführt worden ist, auf der Grundlage des canonischen Rechtes [19]) in der älteren Praxis sich ausgebildet haben, als auch diejenigen in Betracht, welche nach der rechtlichen Natur des betreffenden summarischen Verfahrens die Bedeutung dessen, was unter den Substantialien des Processes zu verstehen sey, näher bestimmt. Wenn nun auch im Falle des Vorhandenseyns begründeter Ansprüche auf unverzügliche Rechtshilfe ein gerichtlich zu beseitigender Nothstand eintreten kann, — welchem Zwecke namentlich die Verminderung der Voraussetzungen der Klagbegründung einer- und die Beschränkung der Vertheidigung des Verklagten andererseits dient, — so wird doch zur Gewährung unparteiischer Rechtshilfe regelmäßig das vollständige Gehör beider Theile erfordert. Denn wie der ordentliche Proceß, so hat auch der summarische die Bedeutung, daß für solchen das Vorhandenseyn der wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens überhaupt nothwendig ist, mögen sie auf klarer gesetzlicher Vorschrift beruhen, oder nur mittelst richterlicher Reflexion erkannt werden können; weshalb denn also auch ein Verstoß dawider auf dem Wege der Schlußfolgerung festgestellt werden kann und die Erkenntniß jenes, mag sie hiernach auf directem oder indirectem Wege erlangt seyn, eine Nichtigkeit zur Folge hat [20]).

---

19) cl. 2 de verb. sign. (5. 11); cl. 2 de sent. et re jud. (2. 11).

20) Dieß ist in besonderer Beziehung auf das Subhast.-Verfahren in einer Reihe von O. A. G. Entscheidungen anerkannt worden, z. B. in S. Ermel g. Kees [5696] 1833, Mißler z. S. Ritter g. M. [6695] 1840. Vergl. des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 528 Note 45.

Was nun die einzelnen Verfahren selbst —, von denen indessen nur einige, in der Praxis für den vorliegenden Zweck vorzugsweise erhebliche Arten, resp. Stadien des Processes, beispielsweise hier anzuführen sind, — betrifft, so kommen hier, insoweit nicht (S. 340 fg.) bereits davon die Rede gewesen ist, zunächst in Betracht: die Nichtigkeiten

A. Im Executions-Verfahren.

§. 79.

Ueberhaupt.

Hier ist, nach den früher (§. 72, S. 383 fg.) im Allgemeinen schon angedeuteten Grundsätzen, vornämlich der Umfang der Beschwerden bestimmend. Richtete der Querulant solche in der Mittel-Instanz speciell auf einen bestimmten Punct, so kann er diesen nicht in der dritten Instanz mit einer andern Richtung vertauschen und solchergestalt der Beschwerde Eingang verschaffen [21]). Griff er dagegen in zweiter Instanz das ganze Verfahren als nichtig an, so darf alsdann auch eine in dritter Instanz bezeichnete besondere Nichtigkeits-Beschwerde Berücksichtigung finden [22]).

Nach dem Wesen dieses Verfahrens, welches die Bestimmung der Art und Weise, wie dem Endsbescheide Genüge zu leisten ist, zum Gegenstand hat [23]), — wird 1. zunächst die Existenz eines, und zwar rechtskräftigen, zur Vollstreckung geeigneten verurtheilenden Erkenntnisses erfordert. Wie heutigestages die confessio in jure nur den Grund zu einem solchen abgibt, selbst aber als res judicata nicht gilt, so vermag auch als

---

21) Fand er sich z. B. dort dadurch beschwert, daß der Zuschlag ertheilt sey, statt einen dritten Licitations-Termin anzusetzen; so kann er eine Nichtigkeitsbeschwerde hier nicht durch die Angabe begründen, daß es an einer liquiden Forderung fehle, das Verfahren daher auf ungenügender Grundlage beruhe, Möller g. Weckesser [5755] 26/2 1823.

22) Hose g. Hölzer [5678] 1823; vergl. des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 527 Note 41. Die Eigenthümlichkeit des Subhast.-Verfahrens mag es erklären, daß hier ausnahmsweise die Anfechtung des ganzen Verfahrens, statt des sonst nur gestatteten Angriffs wider das Erkenntniß, zugelassen worden ist.

23) Hühn g. Kees [1118] 29/9 1844.

Grundlage eines Executions-Verfahrens solche eben so wenig [24]), als eine, ohne vorgängiges processualisches Verfahren und verurtheilendes Erkenntniß, gerichtlich bestätigte Uebereinkunft zu dienen; indem ein darauf sich beziehendes richterliches Vorschreiten Richtigkeit zur Folge hat [25]). 2. Außerdem ist aber auch ein Antrag auf Vollziehung des Urtheils sowohl überhaupt [26]), als in Beziehung auf die einzelnen Stadien des Verfahrens, z. B. der Immobiliar-Execution [27]), nöthig.

Sodann wird die Zuständigkeit des die Execution vollziehenden Gerichts erfordert. Sie ist ohne Weiteres begründet für denjenigen Richter, welcher das zu vollstreckende Urtheil selbst ertheilt hat, so wie für dessen Nachfolger in der Competenz, bei immittelst etwa eingetretener organischer Veränderung in Beziehung auf das Gericht, namentlich dessen Bezirks [28]). Ist sie eine von einem andern Gerichte abgeleitete, z. B. durch Requisition, etwa eines ausländischen Gerichts [29]), oder durch Commissorium eines inländischen oberen Gerichtes begründete, so ist, neben der Zuständigkeit des die Vornahme der Urtheilsvollziehung veranlassenden Gerichtes, vornämlich auch der Umfang der Competenz des angegangenen Richters wesentlich. Der committirte oder requirirte Richter hat die Grenzen, in welchen er beauftragt wird, bei Meidung der Ungiltigkeit des Verfahrens nicht zu überschreiten, und ein Gleiches gilt von dem Unterbedienten, welcher in Folge jenes Auftrags ꝛc. in Thätigkeit

24) Schindler z. S. Gleichmann g. v. B., O. A. G. D. v. 1828.

25) Epstein g. Schleicher, O. A. G. D. v. 2/10 1830.

26) Von Amtswegen darf der Richter dazu nicht schreiten, da dem rechtskräftigen Urtheile bereits nachgekommen seyn kann. Die Selbstthätigkeit des Klägers setzen auch die Gesetze als von selbst sich verstehend voraus, vergl. z. B. U. G. Ordn. v. 1732 Art. 6 §. 14.

27) Davon wird später die Rede seyn.

28) Ludwig g. Braun, O. A. G. D. v. 13/10 1832.

29) Vergl. über die Voraussetzungen, unter welchen in Hessen dergleichen Ersuchen zu entsprechen insonderheit die Competenz vom requirirten Richter zu prüfen ist: des Verf.'s N. Samml. Th. III S. 1—27. Es wurde in dem hier (S. 22 Nr. 5) mitgetheilten Rechtsfall in 3. Instanz ausgesprochen: es begründe eine Nichtigkeit, wenn ein Gericht auf Requisition eines ausländischen ein Erkenntniß vollziehe, welches nicht von diesem, oder einem ihm untergebenen, sondern von einem andern ausländischen Gerichte ertheilt worden sey. Vergl. auch das oben S. 390 fg. Ausgeführte.

tritt. So kann, um einige Beispiele zu erwähnen, das Commissorium selbst nur vor dem committirenden Gerichte angefochten[30]; der Commissar aber muß in Folge des Auftrags für befugt gehalten werden: Arrest anzulegen[31], über eine entstandene Grenzstreitigkeit zu erkennen, wenn der Auftrag auf Ueberlieferung eines als Eigenthum zuerkannten Grundstücks, z. B. eines Hauses, sich bezog und jener Streit dabei hervortrat[32]; nicht aber auch dazu, über Einreden wider den Executions-Antrag, z. B. die der Zahlung, zu urtheilen[33]. Unter andern Bedenken ist hier speciell noch zu bemerken, daß die Entscheidung der Frage: ob ein mit der Execution vom Gerichte beauftragter Diener desselben Zahlung vom Schuldner mit rechtlicher Wirkung annehmen könne? in den Kreis der richterlichen Beurtheilung fällt und daher keine Richtigkeit begründet[34].

In Ansehung des Gegenstandes des Executions-Verfahrens wird vorausgesetzt, daß nur solche Verhältnisse dazu gerechnet werden können, welche in dem zu vollziehenden rechtskräftigen Enderkenntnisse anerkannt worden sind und worüber die betreffende Partei gehört ist. Soll aber z. B. die Vollstreckung des letzteren gegen einen Mitverklagten über dessen Antheil hinaus, etwa vermöge eines besondern, in der Sentenz noch nicht anerkannten, Schuldverhältnisses erfolgen, so muß

---

30) Waldeck'sche Domain. Kam. g. Niemann [6849] 14/11 1840. Der obige Ausspruch erfolgte hier in Beziehung auf ein Vorbringen im Executions-Verfahren, wodurch die Liquidität der klägerischen Forderung, ihrem Betrage nach, bestritten, in der That also damit die rechtliche Existenz des Commissoriums, worauf jenes Verfahren beruhte, angegriffen resp. daß dasselbe unzeitig erfolgt sey, behauptet war.

31) v. Hundelshausen g. v. H. [7327] 20/3 1844. Der Auftrag ging hier auf Vollziehung einer zu einer bestimmten Geldsumme verurtheilenden Sentenz.

32) Landgr. W. zu Hessen g. Garnier [9370] 12/6 1844.

33) Gem. Braach g. Stückradt [7568] 26/11 1842. Es wurde indeß hier zugleich angenommen, daß eine solche Ueberschreitung durch Prorogation sanirt werden könne.

34) Kohl g. Sandershäuser Anspänner [3938] 1836. In dieser Sache hatte der Schuldner an einen später insolvent gewordenen Gerichtsdiener bezahlt, ohne daß die Behauptung vorlag, daß der letztere vom Gläubiger zur Empfangnahme der Zahlung beauftragt gewesen sey. Es erging gleichwohl der im Text erwähnte Ausspruch.

alsdann jener zuvor deshalb gehört werden, widrigenfalls die Verfügung nichtig ist [35]); und dieselbe Folge tritt ein, wenn die Partei mit ihrer Erwiederung gegen Einwendungen des Imploraten gegen den Executionsantrag enthört wird [36]).

Zwar ist es weiter im Executions-Verfahren überhaupt erforderlich, daß die darin geltend gemachten Thatsachen nicht ohne eine Bescheinigung derselben zugelassen werden dürfen; die Entscheidung der Frage nach der Statthaftigkeit von an sich Weiterungen herbeiführenden Mitteln zu deren Erbringung, wie z. B. Zeugen, wird aber nicht als zu den wesentlichen Bestandtheilen des Verfahrens gehörig erachtet [37]).

Eben so hängt, bei Prüfung der Fähigkeit einzelner Objecte der Execution, zu dieser herangezogen zu werden, abgesehen von der Reihenfolge, in welcher jene zu einander — z. B. Mobilien zu Immobilien zu stellen sind [38]) — die Nichtigkeitsfrage lediglich von dem Umstande ab, ob durch jene Heranziehung gegen klares Recht verstoßen worden ist; in Ermangelung der Existenz dieses letzteren ist jene Frage, als der richterlichen Beurtheilung anheim fallend, zu verneinen [39]).

---

35) Bernd g. Käseberg [4042] 27/9 1836, in Erw.: „daß das rechtliche Gehör der Parteien zu den Substantialien des Processes zu rechnen und es daher, abgesehen von einzelnen besondern Proceßarten und von den bei Provisional-Verfügungen eintretenden Verhältnissen, ein wesentlicher Grundsatz des Processes ist, daß, ohne vorher gegangenes Gehör des Gegners mit der Execution nicht vorgeschritten werden kann; — daß aber nach der eigenen Angabe der Querulantin der Antrag auf Fortsetzung des Executions-Verfahrens, auf einen neuen Rechtsgrund verfügt war und durch die hierauf sofort angeordnete Einleitung des Executions-Verfahrens, da es an einer Erklärung des Querulaten über den erwähnten Antrag fehlte, jener wesentliche Grundsatz des Processes verletzt worden ist, — wobei es keinen Unterschied begründet, daß die Querulantin zur alsbaldigen Nachweisung des Rechtsgrundes eine auf denselben sich beziehende, vor Gericht protocollirte, Erklärung des Gegners in glaubhafter Form vorgelegt hat, da eine solche außer dem Rechtsstreite erfolgte Erklärung das rechtliche Gehör in dem Rechtsstreite zu ersetzen nicht vermag."

36) Fuld. Bäckerzunft g. Schultheis [6016] 5/10 1839.

37) Die Bejahung dieser Frage, so wie der weiteren, ob die Zeugen als neu entdeckte zu betrachten seyen? enthält die O. A. G. Entscheidung in S. Epstein g. Kraft [1680] 8/2 1849.

38) Davon wird später die Rede seyn.

39) Wicke g. Thomas [963] 5/5 1847, in Erw.: „daß die Frage, ob unter

§. 80.

Im Subhastations-Verfahren insonderheit.

Schon früher (S. 327) ist der für den Proceß überhaupt in Hessen geltende Grundsatz in Bezug genommen worden, daß es bei wesentlichen Erfordernissen des Subhast.-Verfahrens, deren Unterlassung Nichtigkeit zur Folge hat, keinen Unterschied bewirkt, ob die Regeln, deren Befolgung unterblieben ist, auf dem geschriebenen Rechte oder auf einer wohlbegründeten Observanz beruhen [40]). Für dieses, auf gemeinrechtlicher Grundlage ruhende und darauf hin durch die Particular-Gesetzgebung und Praxis näher ausgebildete Verfahren sind nun aber besonders die Modificationen erheblich, welche herbeigeführt werden, wenn die Zwangsversteigerung von Immobilien aus dem Verfolg der durch hypothekarische Klagen entstandenen Rechtsstreite ihre Entstehung herleitet. Der Verlauf des also näher bestimmten Verfahrens [41]) ist kürzlich der: daß wegen unverweilter Aufkündigung der hypothekarisch versicherten Forderung Einleitung getroffen wird; — die Voraussetzungen dargelegt werden, unter welchen auf die hypothekarische Klage ein Mandat auf sofortige Klaglosstellung erlassen werden darf; — wobei die Zulässigkeit von Einreden wider dieß Mandat durch ihre Liquidität für bedingt erklärt, — der Zwischenraum der zum Zwecke weiterer Verhandlungen nöthigen Termine beschränkt ist; — daß sodann eine kurze Frist für Ertheilung der das Mandat bestätigenden, oder die Sache zum ordentlichen Verfahren verweisenden Entscheidung auf die Verhandlungen festgesetzt wird ꝛc. [42]). Indessen fällt doch die Einhaltung dieses letzteren Verfahrens nicht in das Bereich der wesentlichen Bestandtheile des Processes; da, wie schon aus der früheren Ausführung erhellt, dadurch, daß statt

---

der im §. 22 des Staatsdienst-Gesetzes zugelassenen Beschlagnahme des Viertels der Besoldung eines Staatsdieners auch die Sportel-Einnahme eines Actuars verstanden werden müsse, Gegenstand der richterlichen Beurtheilung ist." Rücksichtlich weiterer Belege der Praxis wird sich auf das früher Angeführte (S. 340 fg.) bezogen.

40) Puth g. Koch, O. A. G. D. v. 23/6 1830.

41) Es muß hier im Näheren verwiesen werden auf des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 49—81.

42) Gesetz v. 24. Jul. 1834 §§. 1—6.

eines abgekürzten Verfahrens, ein an vermehrte Formen gebundenes, ordentliches, eingeschlagen, einer gründlicheren Behandlung der Sache mithin der Weg gebahnt wird, in Ermangelung sonstiger Gründe, das Recht der Parteien nicht verletzt erscheint [43]). — In den angedeuteten Vorschriften ist unter Anderem die Aufkündigung der Schuld unter Ansetzung einer Zahlungsfrist von „drei Monaten" bestimmt [44]), in Beziehung auf welche es zweifelhaft erschien: ob darunter Kalender- oder juristische Monate von 30 Tagen zu verstehen seyen? Die gegen die bejahende Entscheidung der letzten Alternative der Frage erhobene Nichtigkeits-Beschwerde wurde indeß für unbegründet erachtet [45]).

Zwar gehört es zu den Voraussetzungen des über Immobilien einzuleitenden Subhastations-Verfahrens, daß die Execution in das Mobiliar-Vermögen des Schuldners vergebens versucht worden ist [46]); zu den wesentlichen Erfordernissen des Vollstreckungs-Verfahrens wird aber in dieser Hinsicht die Unterlassung der Auspfändung des Schuldners in die Mobilien alsdann nicht gerechnet, wenn die bei dieser Pfändung vorausgesetzte Möglichkeit, dem Schuldner die Subhastation zu ersparen, den vorliegenden Verhältnissen nach, nicht anzunehmen steht [47]).

Verfolgt man sodann die einzelnen Abschnitte des Subhast.-Verfahrens in specieller Beziehung auf die Frage: ob und in wieweit die für den Rechtsbestand jenes gezogenen processualischen Schranken eingehalten worden sind, so lassen sich die deshalbigen in der Praxis des obersten Gerichts in Hessen angenommenen Grundsätze kürzlich auf folgende Puncte zurückführen:

---

43) Schunk g. Bromm [9422] 22/5 1844, in Erw.: „daß die Fragen: ob auf die eingereichte Klage, wenn diese in dem im Gesetze vom 24. Jul. 1834 normirten besondern Hilfsvollstreckungs-Verfahren nicht zulässig war, der ordentliche Proceß eingeleitet werden durfte rc. — solche sind, von denen der Rechtsbestand des Processes nicht abhängt und durch deren Beantwortung im concreten Fall bestimmten Gesetzen nicht zuwider erkannt ist."

44) Gesetz v. 24. Jul. 1834 §§. 1, 2.

45) Lückert g. v. Stamford [9714] 27/11 1844; des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 61.

46) U. G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. 6 §. 7; des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 86 Note 41.

47) Seip g. Vollmar [2783] 9/2 1839.

1. Zur Eröffnung und Fortsetzung des Subhast.=Verfahrens wird der Antrag des dasselbe betreibenden Gläubigers erfordert; die auf Begehren eines andern, als Liquidant etwa aufgetretenen, Gläubigers unternommene Fortsetzung des Verfahrens aber enthält einen Verstoß wider wesentliche Proceßgrundsätze und daher eine Nichtigkeit [48]).

2. Ist nicht bereits ein Pfandrecht des Gläubigers begründet, so muß alsdann, um zur Subhastation schreiten zu können, der Gläubiger in die Immobilien eingewiesen, die Immission erkannt werden [49]). Diese ist der erste und wesentliche Schritt der Immobiliar=Execution, dessen Unterlassung die Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hat [50]).

3. Als eine wesentliche, auf dem Zweck dieses Verfahrens beruhende, Vorschrift ist ferner die zu betrachten, daß eine Taxation, und zwar eine entweder auf einen Steuerbuchs=Auszug, oder, wenn ein Steuerkataster nicht besteht, auf eine genaue Güterbeschreibung, einen Lagerbuchs=Auszug, oder eine andere öffentliche Nachweisung gegründete, dem Verfahren zum Grund gelegt wird [51]).

---

48) Fuchs g. Döhl [1567] 11/2 1835; Cöster z. S. Rosenberg g. C. [8536] 29/6 1844. In diesem letzteren Falle war vom betreibenden Gläubiger auf die Fortsetzung des Verfahrens hinsichtlich einiger der aufgesteckten Immobilien verzichtet; als aber vom Gerichte, auf den Antrag anderer Liquidanten, jene Fortsetzung verfügt und der Zuschlag auf die erwähnten Grundstücke erstreckt wurde, erkannte das O. A. Gericht: „daß das U. Gericht, indem es den Zuschlag auch auf die genannten Grundstücke erstreckt, sowie das O. Gericht, indem es dieses gebilligt, nichtig erkannt habe." Vergl. im Näheren: des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 114, 193, 529. Henkel, Rechtsf. 209, 210.

49) U.-G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. 6 §. 10.

50) Des Verf.'s Subh.=Verf. S. 86 Note 43, S. 529 Note 46. — Von dieser Folge ist aber, nach der im Text angegebenen Voraussetzung, dann keine Rede, wenn der Gläubiger auch nur mit einer Generalhypothek versehen war, Seip g. Vollmar [2753] 9/3 1839. — Zwar wird, was die rechtliche Wirkung der Immission betrifft, auf den Grund der l. 13 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5) angenommen, daß durch das Immissionsdecret allein schon, ohne das Factum der reellen Uebertragung, der Civilbesitz übergehe; inzwischen eben so, daß durch gegentheilige Entscheidung eine Nichtigkeit nicht begangen werde, des Verf.'s Subh.=Verf. S. 110 Note 10.

51) Verordn. v. 5. Oct. 1821 §. 1 Abs. 1. Im Näheren vergl.: des Verf.'s Subh.=Verf. S. 128 Nr. 2; S. 529 Nr. 3.

4. Der rechtlichen Natur des auf zweiseitigen Verhandlungen beruhenden Verfahrens entspricht die darum ebenwohl als wesentlich zu betrachtende Vorschrift, daß die Subhastation durch einen beiden Theilen vor Gericht zu publicirenden Bescheid erkannt werden soll [52]), und es wird daher nichtig erkannt, wenn, damit im Widerspruch, dieß in der Form eines Rescripts geschieht [53]).

5. Da es bei diesem Verfahren im Interesse des Schuldners liegt, daß möglichst hohe, jedenfalls nicht geringere Gebote, als der Taxationspreis beträgt, gemacht werden, so sind gesetzlich wiederholte Bekanntmachungen, namentlich durch öffentliche Blätter, Anschlag am Gerichtslocale, Verkündigung in der Gemeinde, vorgeschrieben worden [54]). Sie stellen sich hiernach nicht weniger als wesentliche formelle Erfordernisse des Licitations-Verfahrens dar und ihr gänzlicher Mangel oder ihre Unvollständigkeit zieht daher ebenwohl Nichtigkeit nach sich [55]). Diese vermag auch, im Fall sie auf Mangelhaftigkeit der Bekanntmachung beruht — jene z. B. darin ihren Grund hat, daß diese nicht zur gehörigen Zeit erfolgte — dadurch nicht beseitigt zu werden, daß die Deutung der ihr zum Grunde liegenden gesetzlichen Vorschrift, z. B. rücksichtlich des Laufs der Frist, nicht Gegenstand der Nichtigkeits-Beschwerde seyn kann, weil sie dem richterlichen Ermessen anheim fällt. Denn, da dieser nur auf Nichtigkeits-Beschwerden wegen Verstoßes contra jus in thesi, anwendbare Grund der Ausschließung des Rechtsmittels, nach dem früher Bemerkten, auf einen Fall der vorliegenden Art, wo es sich um den Mangel eines processualischen Erfordernisses handelt, bei dem es also genügt, wenn er auch nur durch richterliche Reflexion gefunden wird, keine Anwendung

---

52) U. G. O. v. 9. April 1732 Art. 6 §. 11.

53) Des Verf.'s Subh.-Verf. S. 151, 152.

54) U. G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. 6 §. 12; Verordn. v. 5. Oct. 1821 §. 4; Gesetz v. 24. Juli 1834 §. 10, 11.

55) Des Verf.'s Subhast.-Verf., S. 195 Not. 24, S. 529 Nr. 4. So wurde z. B. eine Nichtigkeit angenommen, als — obwohl der Anschlag am Gerichtsbrett, und die Aufnahme in das betr. Wochenblatt stattgefunden hatte — die Verkündigung des Proclama in der Gemeinde, in deren Gemarkung das aufgesteckte Grundstück lag, nicht bewirkt war, Röder g. Röder [9111] 5/10 1844.

leidet, so muß es genügend erscheinen, daß der erwähnte Mangel ein wesentlicher ist [56]).

6. In dem Subhast.-Verfahren kommt es sodann auf die genaue Einhaltung der zwischen den einzelnen, bekannt gemachten, Licitations-Terminen liegenden Zwischenräume (Fristen) an. Die deshalb ergangenen Vorschriften [57]) sind unverkennbar im Interesse des Schuldners ertheilt worden, und da also durch sie eben der Schutz seiner dabei in Betracht kommenden Rechte der Natur der Sache nach wesentlich bedingt erscheint, so steht ihm auch auf deren Beobachtung ein vollkommenes Recht zu, dessen Verletzung bei einem vorliegenden Verstoße darum eine Nichtigkeit begründet, weil die betreffenden Vorschriften als auf das Wesen des Verfahrens sich beziehend zu betrachten sind. Gerade daraus rechtfertigt sich aber auch die Annahme, daß, wenn jener Grund wegfällt, die Licitations-Termine also in räumlichern, als gesetzlich angeordneten, Fristen abgehalten werden, auch die Nichtigkeit selbst beseitigt erscheint [58]).

7. Was die Abhaltung der Licitations-Termine selbst betrifft, so gilt zwar auch hier die allgemeine Regel, daß in Beziehung auf das darin Verhandelte keinem der Betheiligten das rechtliche Gehör versagt werden darf. Ebenwohl aber versteht es sich dabei von selbst, daß nicht der, welcher durch eine solche Verweigerung, z. B. dadurch sich für verletzt hält, daß wegen Fortsetzung des Verfahrens von den übrigen Betheiligten ohne seine Zuziehung sich vereinbart worden sey, dieser Theilnahme durch Nichterscheinen im Termine sich entzogen habe [59]).

---

56) Des Verf.'s Subh.-Verf. S. 531.

57) Eben das. S. 159 fg,; woselbst der Gang der Gesetzgebung und die einzelnen in Betracht kommenden Streitfragen erörtert worden sind.

58) Eben das. S. 531 Note 57, 58; S. 159—168.

59) Sternberg g. Fisc. Pr. [8366] 22/11 1842. Hier hatten der betreibende Gläubiger und der Schuldner nach Abhaltung des 3. Licit.-Termins, in welchem ein anderer Gläubiger X. nicht aufgetreten war, auf Ansetzung eines 4. Termins sich vereinbart. X. erhob deshalb Beschwerde über Versagung des rechtlichen Gehörs; das O. A. Gericht aber wies sie zurück, „weil von einer den Querulanten betroffenen Versagung des rechtlichen Gehörs über die nach dem 3. Licit.-Termin vom Imploraten erklärte Zurücknahme des in diesem gestellten Antrags schon deshalb keine Rede seyn könne, weil Querulant in dem Termine gar nicht erschienen sey.“

8. Zwar hat das Gericht den Termin, unter Mittheilung der von dem betreibenden Gläubiger und ihm zu entwerfenden Verkaufs-Bedingungen, zu eröffnen, damit der Schuldner resp. jener Gläubiger selbst Veranlassung enthalte, Modificationen zu beantragen. Da indeß dieser richterliche Act weder auf gesetzlicher Anordnung beruht, noch auch als den Rechtsbestand des Verfahrens bedingend anzusehen steht, — indem unter Umständen eine solche Eröffnung als völlig überflüssig erscheinen kann, — so wird in der Nichtbeachtung jener Obliegenheit ein Grund zu einer Nichtigkeit nicht gefunden[60].

9. In Beziehung auf das Ausgebot kommt in Betracht: a. daß, bei dem Zweck, durch Abhaltung mehrfacher Licitations-Termine weitere Licitanten heranzuziehen und durch diese Concurrenz ein höheres Gebot zu erlangen, es sich von selbst versteht, daß das Ausgebot in einem weiteren, als dem ersten, Termin, mit dem in dem früheren geschehenen Meistgebote begonnen werde; in der Nichtbeachtung dieses Grundsatzes ist die Verletzung eines Substantiale und ein Grund zur Annahme einer Nichtigkeit gefunden worden[61]. b. In Ansehung des Ausgebots eines aus mehreren, gesetzlich trennbaren Grundstücken bestehenden, Guts ist gesetzlich vorgeschrieben: „daß, wenn ein solches Gut zum Verkaufe kommt, es lediglich von den Betheiligten abhängt, ob die Stücke zusammen, oder einzeln, oder auf beide Arten, nach einander ausgeboten werden sollen, wonächst diejenige Art, welche den höchsten Preis ergeben hat, bei dem Zuschlage zum Grund gelegt wird", und „daß wenn die Betheiligten in dieser Hinsicht sich nicht vereinigen können, das Ausgebot auf die eine und die andere Weise geschehen soll" [62]. Die Thätigkeit des Richters ist hier in sehr

---

60) Des Verf.'s Subhast.-Verf., S. 196 Nr. 3.

61) Eben das. S. 198 Note 36: „da nach der Natur der Sache bei einem erfolgten giltigen Gebote die Abhaltung eines weiteren Versteigerungs-Termins nur den Zweck haben kann, ein höheres Gebot zu erlangen, dieser Zweck aber erfordert, daß mit dem schon geschehenen Meistgebot bei dem weiteren Ausgebot der Anfang gemacht werde; — daß aus diesem Grunde der erfolgte Zuschlag nicht zu Recht bestehen kann, sondern aufgehoben werden muß."

62) Verordn. v. 5. Oct. 1821 §. 3. Des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 200—202.

bestimmter Weise durch die Vorschrift normirt, unter der am Schluß derselben gegebenen Voraussetzung ein doppeltes Ausgebot vorzunehmen und die Unterlassung erzeugt daher die Nichtigkeit des gleichwohl erfolgten Zuschlags [63]). Jene Vorschrift ist zwar auf nicht geschlossene Güter beschränkt und hierauf die Bedeutung des „gesetzlich trennbaren“ bezogen worden; die Frage aber, ob in einem vorliegenden Falle diese letztgedachte Eigenschaft vorliege oder nicht? fällt in das Gebiet der richterlichen Beurtheilung und sonach außerhalb desjenigen der Nichtigkeit [64]).

10. Die Befugniß der erschienenen Licitanten zu bieten ist nur durch die gesetzliche Bestimmung beschränkt: „es solle zur Adjudication anders nicht geschritten werden, als wenn zuvor auf beschehene Umfrage von den Licitanten niemand mehr bietet, inmassen ihnen auch nach dem Glockenschlag — so lange aufzubieten erlaubt seyn soll, als nicht vom Gerichte oder Commissario nach geendigter nochmaliger Umfrage erklärt worden, daß dem Meistbietenden für das gethane Gebot so und soviel das Grundstück nunmehr adjudiciret werde“ [65]); und es ist in Beziehung hierauf nur weiter noch verordnet: „daß vor dem Schlusse jedes Steigerungs-Termins vom Beamten ꝛc. eine Umfrage unter den Anwesenden gehalten werden soll, ob einer derselben mehr zu bieten gesonnen sey, und daß erst, wenn hierauf kein Uebergebot geschieht, der Termin für geschlossen erklärt werden soll“ [66]). Aus diesen Anordnungen ergibt sich, daß die Freiheit der Licitanten zu bieten nicht weiter, als erwähnt, beschränkt werden darf, und demgemäß ist anerkannt worden, daß der Zuschlag, welchem es an der nöthigen Voraussetzung, daß Niemand von den Licitanten mehr habe bieten wollen, fehlt, nichtig ist, und daß insonderheit alsdann, wenn erhellt, die letzteren seyen durch den Richter vom Bieten abgehalten worden, das zuletzt abgegebene Gebot die Grundlage

---

63) Eben das. S. 523 Nr. 7.

64) Eben das. S. 200 Note 45.

65) Verordn. v. 18. März 1774 §. 1; des Verf.'s Subhast.Verf. S. 220—228.

66) Verordn. v. 5. Oct. 1821 §. 7.

der Adjudication nicht darbieten kann, weshalb die gegentheilige Annahme nichtig ist [67].

11. Wie die Erkennung der Subhastation, so muß auch der Schluß derselben, die Zuschlags-Ertheilung, durch Bescheid erfolgen. Von dieser Form wird in den Gesetzen [68], als von etwas sich von selbst Verstehendem, ausgegangen; dieß erhellt denn auch daraus, daß damit nicht blos die Bestätigung des zwischen den Betheiligten eingegangenen Kaufvertrags, sondern zugleich ein die bisherige Streitverhandlung unter denselben erledigender Richterspruch ertheilt wird, und man hat darum diese Bescheids-Ertheilung ebenwohl als ein die Form des Verfahrens betreffendes Essentiale betrachtet und dem Unterbleiben jener die Wirkung der Nichtigkeit beigelegt [69]. Rücksichtlich der in Beziehung auf den Zuschlagsbescheid, — und zwar nach Maaßgabe sowohl der Zahl der vorher abzuhaltenden Steigerungs-Termine, als der Form und des Inhalts des Bescheids selbst — denkbaren Verstöße ist hier nur in Betreff des Inhalts jenes kurz anzuführen, daß die Bezeichnung der adjudicirten Grundstücke 2c. dem Inhalte des Proclama's und dem diesem zum Grunde liegenden Steuercataster-Auszuge entsprechen muß, widrigenfalls der Bescheid selbst, im Fall des deshalbigen Mangels, in wesentlicher Beziehung ungiltig erscheint [70]. Daher ist z. B. alsdann der Zuschlagsbescheid nichtig, wenn ein ganzes Haus ausgeboten, im dritten Termine aber, auf den Antrag des betreibenden Theils, auf die ideelle Hälfte nur der Zuschlag ertheilt worden ist [71].

---

67) Des Verf.'s Subh.-Verf. S. 224 Note 7.

68) U. G. Ordn. v. 9. April 1732 Art. 6 §. 17. Hier wird zwar nur gelegentlich der Erwähnung des Reluitionsrechts bestimmt, daß die Beamten „dem Debitori im Adjudications-Bescheid solches ausdrücklich zu reserviren haben."

69) Des Verf.'s Subh. Verf. S. 532 Nr. 8; vergl. im Nähern über den Zuschlagsbescheid S. 302 fg.

70) Verordn. v. 13. Febr. 1798 Abs. 3. Des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 307 Note 89; vergl. S. 304 fg. Die Nichtigkeits-Beschwerde ist aber ausgeschlossen, wenn im Bescheide auf eine in den Acten vorhandenen Bezeichnung der einzelnen Verkaufsobjecte hingewiesen ist.

71) Annal. Th. VI S. 626 fg. In dem hier mitgetheilten Falle war auf den Antrag des betreibenden Theils und nach Inhalt der Proclamata ein, näher bezeichnetes Wohnhaus zum Verkauf ausgestellt worden. Im 3. Licit.-

12. Die Licitations-Termine haben in Hessen zugleich den Zweck, daß darin über die sonstigen Forderungen an den Schuldner verhandelt werde, weshalb die Proclamata auch die Aufforderung an die Gläubiger enthalten, zu diesem Zweck im ersten Termin sich einzufinden [72]). Die Folge davon ist dann die, daß mit Rücksicht auf die Vertheilung des Zuschlagsbescheides ein Verfahren über den Vorzug unter den Gläubigern stattfindet, in Beziehung auf welchen ein s. g. Vertheilungs-Verfahren gesetzlich angeordnet ist [73]). Hier entstand nun die Frage: ob in einem solchen Prioritäts-Verfahren das Vorzugsrecht eines Gläubigers nach den gegenwärtig geltenden Gesetzen, oder nach den früheren Rechtsnormen, unter welchen die Forderung entstanden ist, zu beurtheilen sey? Die Entscheidung dieses Zweifels wurde indeß als eine solche betrachtet, welche keinen Stoff zu einer Nichtigkeits-Beschwerde abgebe [74]).

13. Kommt es, in Folge der Ertheilung des Zuschlags, zur Vollziehung des deshalbigen Bescheids, so hat der Adjudicatar, im Fall der unterbleibenden Räumung der Grundstücke, einen Antrag auf Exmission des Pfandschuldners, diesem gegenüber, bei dem Gericht, welches jenen Bescheid ertheilt hatte, zu stellen. Die von Amtswegen angeordnete Exmission hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge [75]).

14. Außer dem nach dem Bisherigen in dem Subhast.-Verfahren zu verfolgenden doppelten Zweck, der Ertheilung des Zuschlags, und der damit in Verbindung stehenden Befriedigung der aufgetretenen Gläubiger des Schuldners, dürfen fremde,

---

Termin beantragte der betreibende Gläubiger das Ausgebot nur der ideellen Hälfte des Hauses, statt des ganzen Hauses. Das Untergericht ging auf diesen Antrag ein und adjudicirte demnächst, ohne dem vorgängig weitere Proclamata zu erlassen, die ideelle Hälfte des Hauses. In 2. und 3. Instanz wurde der Amtsbescheid als nichtig aufgehoben.

72) Verordn. v. 5. Oct. 1821 §. 5; Gesetz v. 24. Juli 1834 §. 13. Des Verf.'s Subh.-Verf. S. 228.

73) Eben das. S. 472—497.

74) Leway g. Busch [4021] 21/9 1836.

75) Des Verf.'s Subh.-Verf. S. 348. Das Verhältniß steht hier dem gleich, in welchem die Erkennung des Subhast.-Verfahrens ohne Antrag des betreibenden Gläubigers erfolgte.

wenn auch ihre Veranlassung in jenem Verfahren findende, Zwecke im letzteren nicht verfolgt werden. Ja es ist sogar ein solches, gleichwohl eingeschaltetes, Verfahren, nicht etwa blos als eine disciplinarisch zu rügende Ordnungswidrigkeit bei Handhabung der Proceß-Acten, sondern selbst für in seinen wesentlichen Voraussetzungen mangelhaft erachtet und demnach als zu besonderer Ausführung geeignet aus jenem Verfahren verwiesen worden[76]).

15. Noch ist die, freilich entfernter liegende, Frage hier zu berühren: welchen Erfolg die vom Schuldner unternommene Anfechtung des Zuschlagsbescheids als nichtig für den in Folge des Zuschlags fortgesetzten Besitz der Grundstücke Seitens des Adjudicatars habe? wiefern derselbe dadurch namentlich in bösen Glauben versetzt werde? Ihre Beantwortung hängt von der Vorfrage ab: ob in Beziehung auf den Adjudicatar, in Folge jener Anfechtung, die Rechtshängigkeit anzunehmen sey? und diese ist und damit jene Frage selbst in einem vorgekommenen Fall verneint worden[77]).

---

76) Als nämlich, bei unterbliebener Berichtigung des Zuschlagspreises, ein weiteres Subhast.-Verfahren auf Gefahr und Kosten des ersten Adjudicatars eingeleitet war, und in Folge des dadurch entstandenen Ausfalls der betreibende Gläubiger seinen Entschädigungs-Anspruch wider den ersten Adjudicatar in demselben Verfahren geltend gemacht hatte, erklärte das O. A. Gericht dies für unstatthaft und weiter, daß es hiernach dem wider den ersten Adjudicatar eingeleiteten Executions-Verfahren an wesentlichen Voraussetzungen gebreche, hielt demnach die N.-Beschwerde für gegründet und erkannte abändernd, daß der betreibende Gläubiger mit seinem wider den zweiten Adjudicatar gestellten Antrag aus diesem Verfahren ab- und zur besondern Ausführung zu verweisen sey, Wiegand g. Lion [1924] 4/9 1849. Des Verf.'s Subhast.-Verf. S. 532 Note 62.

77) Mann g. Braun [4736] 13/10 1838, in Erw.: „daß ein Besitz in bösem Glauben auf Seiten des Klägers (Adjudicatars), welchen der Verklagte (Schuldner) lediglich aus der dem Kläger angeblich zugekommenen Kunde von der verklagtischen Appellations-Anzeige wider den Zuschlagsbescheid und von der neben den deshalbigen Compulsorialen erkannten Inhibition herleiten will, nicht als vorhanden anzunehmen steht, indem der böse Glaube, der darauf anwendbaren gesetzlichen Fiction gemäß, lediglich als eine Folge der Rechtshängigkeit betrachtet werden kann, eine solche aber hinsichtlich des bei einem Rechtsstreit Betheiligten nur dann eintritt, wenn dieser wirklich in den Streit hinein gezogen ist; — daß jedoch nach Analogie der bei den Klagschriften geltenden Grundsätze die

§. 81.

B. Im Verfahren für minderwichtige Sachen.

Das für s. g. minderwichtige Rechtssachen in Hessen bestehende Verfahren findet seine Bedeutung unter Anderem darin: daß das vorbereitende mit dem Beweisverfahren in eine genauere, als für den ordentlichen Proceß zulässige, Verbindung gebracht und daß, unter Ausschließung schriftlicher Vorträge die Mündlichkeit der Verhandlungen angeordnet und eine besondere Beurkundung der Wahrung dieser Vorschrift eingeschärft worden ist [78]). Bereits früher (S. 204 fg.) wurde bemerkt, daß dieses Verfahren die wesentlichen Bestandtheile des Processes, wenn auch in abgekürzten Formen, enthält und daß daher so wenig dadurch, daß das Gericht das anfänglich oder im Laufe der früheren Verhandlungen eingehaltene ordentliche Verfahren im Verfolg der Sache in das summarische, als dadurch, daß es dieses später in jenes übergeleitet hat, einen Verstoß wider wesentliche Proceß-Grundsätze begeht. Abgesehen hiervon sind hier nur einige specielle in der Praxis hervorgetretene Fragen zu erwähnen:

1. Nach dem Vorbemerkten ist im Näheren angeordnet: daß die Vorträge der Streittheile in den Terminen nicht ausführlich niederzuschreiben, sondern, nach beendigter mündlicher Verhandlung, nur die Sachverhältnisse, die Streitpuncte und Anträge jener aufzuzeichnen sind; ferner: daß die Aufzeichnungen der Parteien vorzulesen und von denselben — nach erfolgter Genehmigung — zu unterschreiben, auch etwaige Erinne-

---

Heranziehung des Adjudicatars in den durch die Appellation des Schuldners gegen den Zuschlagsbescheid erhobenen Rechtsstreit über die Giltigkeit dieses Erwerbs- und Besitztitels nur dann als geschehen angesehen werden kann, wenn dem Adjudicatar die dem Angriff seines Titels enthaltende Beschwerdenschrift des Schuldners zur Vernehmlassung mitgetheilt und er dadurch in den Stand gesetzt worden ist, die gegen die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes gerichtlich vorgebrachten Ausstellungen einer Prüfung zu unterwerfen."

78) Gesetz v. 18. Oct. 1834. Dazu die Resultate der usuellen Auslegung dessen einzelner Bestimmungen in des Verf.'s N. Samml. O. A. G. Entsch. Th. VI S. 371—425. Ueber die wohlthätigen Folgen dieses Gesetzes: Zeitschr. in Kurhessen H. 1 S. 12 Note 10.

ungen derselben in geeigneter Weise zu berücksichtigen sind; weiter: daß die in den Terminen eintretende mündliche Verhandlung auf alle für erheblich erachtete Theile des beiderseitigen Vorbringens sich zu erstrecken, und der Richter hierbei, nach Maaßgabe der in den betreffenden Untergerichts-Ordnungen ihm auferlegten Pflichten, für die Vollständigkeit der Erklärungen Sorge zu tragen hat [79]). In Beziehung hierauf entstand die Frage: ob alsdann, wenn der Richter eine von einer Partei vorgebrachte thatsächliche Behauptung auf ihr Verlangen niederzuschreiben sich geweigert haben sollte und demzufolge bei der Beurtheilung nicht berücksichtigt habe, eine Richtigkeits-Beschwerde begründet sey? In einer solchen Weigerung ist nun aber der Ausspruch der Richters zu finden, daß er die gedachte Behauptung nicht für erheblich gehalten habe und sie gibt daher Stoff zu jener Beschwerde nur unter der Voraussetzung ab, daß die Nichtberücksichtigung des geltend gemachten Thatumstandes selbst gegen wesentliche Bestandtheile des Verfahrens, oder gegen eine unzweifelhafte gesetzliche Vorschrift verstößt [80]).

2. Weiter ist: „zum Beweise der in dem Termine vorschriftsmäßig durch den Richter bewirkten Leitung der Verhandlungen in dem Protocolle, dessen Aufnahme dem Actuar obliegt — in Verhinderungsfällen aber auch dem Richter gestattet ist — von jenem die Gegenwart des Richters zu bemerken, der dann dasselbe mit zu unterzeichnen hat" [81]). Da es sich hier von der Wahrung einer processualischen, nach dem Inhalte des Gesetzes für wesentlich zu haltenden, Vorschrift handelt, so hängt die

---

79) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §§. 9. 7. — Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 392 fg.

80) Weitzel g. Schäfer [1830] 22/9 1849; Schühtrumpf g. Auel [4368] 29/2 1856. Hier hatte das Obergericht zu F. auf den bei ihm geführten Beweis, daß die Partei ein gewisses Vorbringen geltend gemacht und der Richter dessen Aufnahme zu Protocoll verweigert habe, die ohne Berücksichtigung desselben gefällte Entscheidung des Untergerichts lediglich wegen Unvollständigkeit des Protocolls aufgehoben, und sodann von seinem Standpuncte aus reformatorisch erkannt. Das O. A. Gericht fand hierin eine Competenz-Ueberschreitung und hob das obergerichtliche Erkenntniß selbst als nichtig auf.

81) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 8 Abs. 1. — Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 396 fg.

Entscheidung der Frage, ob durch die Uebertretung jener eine Nichtigkeit begangen werde? nicht blos von der Beantwortung der weiteren Frage ab, ob jene Vorschrift und deren Anwendung auf einen untergebenen Fall völlig klar und unzweifelhaft sey oder nicht [82]). Hat der Actuar, der Anordnung gemäß, die Gegenwart des Richters im Termine im Protocolle versichert, der Richter aber dieses nicht mit unterschrieben, so ist die Entscheidung der Frage, ob dadurch eine Nichtigkeit des auf die Verhandlungen gefolgten Erkenntnisses begründet werde? dadurch bedingt, daß das letztere auf die nicht unterzeichnete protocollarische Verhandlung gestützt ist [83]).

3. „Das zu ertheilende Erkenntniß, welches zugleich über die vorgebrachten Beweismittel entscheidet, muß entweder endlich erkennen, oder, neben Bestimmung eines Beweissatzes, das Beweisverfahren auf den bereits erfolgten Beweisantritt, oder in der sonst zulässigen Weise, einleiten" [84]). Wenn aber das Untergericht, ungeachtet Kläger zum Beweis der abgeleugneten Klag-Thatsachen sich erboten hat, solchen mit der Klage

---

82) Flor g. Krank [2017] 26/11 1849.

83) Dux g. Gothmann [8582] 25/1 1844. Hier hatte der Actuar die Gegenwart des Richters in einzelnen Terminen im Protocoll bezeugt; jener aber solches nicht unterschrieben. Nach Ertheilung des Bescheids focht die betr. Partei alle Verhandlungen, seit dem Termine, in welchem diese Unterzeichnung zuerst unterblieben war, als nichtig an. Das O. A. Gericht erkannte, in Erw.: „daß — da das Gesetz mit der Nichtigkeit nur diejenigen Verhandlungen bedroht, welche der vorgeschriebenen Nachweisung der richterlichen Thätigkeit entbehren, hieraus die Folgerung gezogen werden muß, daß ein richterliches Erkenntniß nur dann der Nichtigkeit unterliege, wenn ihm die richtigen Verhandlungen zur Grundlage gedient haben; — daß aber dies rücksichtlich des angefochtenen Bescheids von den Verhandlungen vom — keineswegs anzunehmen ist, indem sie blos den Verzicht des Querulaten auf den ihm nachgelassenen, nicht weiter in Betracht kommenden, Zeugenbeweis und dessen Erbieten zum Eid enthalten, auch der Termin, worin der Querulat den Eid abgeleistet hat, nicht unmittelbar auf die zuletzt erwähnte Verhandlung erfolgt, sondern denselben ein außerterminlicher Antrag vorausgegangen ist."

84) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 17. — Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 419 fg.

abweist, so liegt darin ein Verstoß wider diese gesetzliche Vorschrift und daher eine Nichtigkeit [85]).

4. Zufolge gesetzlicher Vorschrift [86]) „soll überhaupt in geringfügigen Sachen alle Eidesleistung möglichst verhütet und dazu nicht anders als in höchster Noth und mit möglichster Vorsicht geschritten werden, folglich es dabei nicht schlechterdings auf des Deferentis Willkühr, sondern zugleich auf das arbitrium judicis mit ankommen." Wenn nun gleichwohl das Gericht die Eidesdelation zuließ, so kann in dem Fall darauf eine Nichtigkeit des nachgefolgten Erkenntnisses nicht gegründet werden, wenn sich herausstellt, daß jenes ausdrücklich in Erwägung gezogen hatte, ob im vorliegenden Falle, mit Rücksicht auf die erwähnte gesetzliche Bestimmung, die Eidesdelation ein zulässiges Beweismittel sey [87]).

5. Eine besondere Anwendung von den Grundsätzen des in Rede stehenden Verfahrens findet bei Gesindestreitigkeiten statt [88]). Für sie bestimmte schon die ältere Gesetzgebung, daß bei Streitigkeiten zwischen der Herrschaft und den Dienstboten kein weitläufiges Verfahren gestattet, solche vielmehr „in der möglichsten Kürze" entschieden werden sollten [89]); damit ist nun aber nicht ausgeschlossen, daß die wesentlichen Grundregeln des Processes dabei beobachtet werden müssen, was schon durch die Unterordnung dieses Verfahrens unter das für minderwichtige Sachen bestimmte sich ergibt [90]).

---

85) Gem. Ronhausen g. Ruth [9844] 19/4 1845. — Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 420 Note 154.

86) Verordn. v. 6. Jul. 1770 §. 3.

87) Rabe g. Lohr [7671] 5/3 1842. — Vergl. des Verf.'s Gerichtseid Th. II S. 143 Note 61.

88) Gesetz v. 18. Oct. 1834 §. 1 Nr. 2.

89) Gesindeordn. v. 15. May 1797 §. 7; v. 18. May 1801 §. 7, 21.

90) Brenzel g. v. Ochs [7712] 23/5 1841. Hierdurch wurde anerkannt, daß auch bei Gesindestreitigkeiten, wo nur ein summarisches Verfahren eintrete, die wesentlichen Grundsätze des Processes beobachtet werden müßten und namentlich das Erkenntniß nicht im Widerspruch mit dem Inhalte der Verhandlungen stehen dürfe; wohin namentlich gehöre, wenn der Schiedseid über einen Umstand zugelassen werde, welcher von der betr. Partei gar nicht behauptet und worüber der Eid nicht zugeschoben sey.

§. 82.

C. Im Injurien=Proceß.

Wenn wegen wörtlicher und thätlicher Beleidigungen auf Privatgenugthuung (Abbitte, Widerruf, Ehrenerklärung) geklagt wird, so soll weder eine schriftliche Klage, noch ein weiteres schriftliches Verfahren zugelassen werden; vielmehr sollen „die Parteien in Person erscheinen, und deren mündliche Vorträge in das Protocoll niedergeschrieben werden ꝛc.“ [91]). Indem durch diese Bestimmung in materieller Hinsicht die ausreichende Verhandlung der Sache nicht beeinträchtigt wird, ist auch die Ausschließung schriftlicher Handlungen nicht für eine solche Vorschrift angesehen worden, deren Ueberschreitung die Nichtigkeit des Erkenntnisses zur Folge haben müßte [92]).

§. 83.

D. Im Concurs=Processe.

In Beziehung auf dieß Verfahren ist bereits früher (S. 237) erwähnt worden, daß für den Streit über die Priorität eine gesetzliche Vorschrift [93]) besteht, wonach in dem zu dem Ende angesetzten Termine auch der Beweis des behaupteten Vorzugs alsbald beigebracht werden soll, wodurch demnach für dieses Verfahren eine Ausnahme von der Regel, wonach die Beweisanticipation nicht zu den Substantialien des Processes gehört, begründet wird [94]). Daneben kommt sodann auch hier der Grundsatz zur Anwendung, daß die Nichtigkeit eines den Concurs eröffnenden und dem Verkaufe der dazu gehörigen Immobilien zur rechtlichen Grundlage dienenden Erkenntnisses nicht mittelst einer Klage geltend gemacht werden kann, da die Nichtigkeits=Beschwerde nach feststehendem Gerichtsgebrauche nur als

---

91) Regier.=Ausschr. v. 12. Aug. 1820 Nr. 1 u. 2.

92) Hammerschlag g. Liebehenze [77] 7/10 1848, in Erw.: „daß durch die Zulassung eines schriftlichen Terminsvortrags, statt des in dem Reg.=Ausschr. v. 12. Aug. 1820 für die Processe wegen Beleidigungen vorgeschriebenen mündlichen Verfahrens, eine wesentliche Vorschrift des Processes nicht verletzt wird.“

93) Verordn. v. 6. Juli 1770 §. 10.

94) Salzmann g. S.'sche Mitgl. [2568] 24/9 1836.

devolutives Rechtsmittel zugelassen wird [95]. Mit derselben vermag aber jenes Erkenntniß alsdann nicht angegriffen zu werden, wenn dem letzteren Verhältnisse zum Grunde liegen, deren Würdigung, ihrer factischen Beschaffenheit nach, lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben muß; wie alsdann der Fall ist, wenn es um die Frage sich handelt, ob bei der Vergleichung des Activ- und Passiv-Bestandes der Masse gewisse Forderungen des ersteren mit berücksichtigt werden können, oder nicht? [96])

§. 84.

E. Im Verfahren wider öffentliche Rechnungsführer.

Hierfür ist in Hessen ein besonderes Verfahren angeordnet [97]). Wenn nun darüber vorgeschrieben ist, daß im Fall ein wesentlicher Umstand in dem vorgängigen administrativen Rechnungs-Verfahren mit der erforderlichen Gewißheit nicht zu ermitteln steht, das zuständige Gericht um die Untersuchung oder die sonst geeignete gerichtliche Handlung ersucht, — das Gericht wegen Beitreibung des nach dem bewirkten Rechnungs-Abschluß dem Rechnungsführer zur Last fallenden Recesses auf Requisition der Rechnungsbehörde die erforderliche Hilfe leisten, — und ihm nicht das Recht zustehen soll, auf die vom Rechnungsführer und dessen Erben erhobene Klage, der Beitreibung des Recesses Anstand zu geben [98]), — so ist damit allerdings, neben der Versagung des Suspensiveffects, eine Ausnahme von der im ordentlichen Processe gestatteten umfas-

---

95) Hettche g. Hampel [4802] 2/3 1839.

96) Garthe betr. [6302] 17/5 1861, in Erw.: „daß — die Berücksichtigung auch bestrittener Forderungen bei Ermittelung des für die Einleitung des Concurses maaßgebenden Verhältnisses zwischen dem Activ- und Passiv-Vermögen des Schuldners nicht schlechthin für ausgeschlossen zu halten ist, — die Frage aber, in wieweit die Berücksichtigung solcher Forderungen im einzelnen Falle, nach Maaßgabe ihrer Glaubwürdigkeit, als gerechtfertigt erscheint, dergestalt dem richterlichen Ermessen anheim fällt, daß die deshalbige Entscheidung einem Angriffe mittelst der Nichtigkeits-Beschwerde nicht unterliegt."

97) Gesetz v. 17. May 1834. Dadurch wurde eine frühere Verordnung v. 2. May 1822 gleichen Zweckes aufgehoben.

98) Eben das. §§. 3. 4. 6.

senden Auslassung beider Theile über die Streitpuncte gestattet [99]), eine gänzliche Versagung des rechtlichen Gehörs aber, namentlich dann nicht für statthaft erachtet, wenn die Requisition an das Gericht auf Beitreibung des Recesses wider die Erben des Rechnungsführers gerichtet wird [100]). Die Frage: ob unter den im Gesetze genannten öffentlichen Rechnungsführern auch die Gemeinde-Rechnungsführer begriffen seyen, fällt der richterlichen Beurtheilung anheim und unterliegt daher nicht dem Angriff durch die Nichtigkeits-Beschwerde [1]).

§. 85.

F. In Beziehung auf erlassene Provisional-Verfügungen.

Wie für das Verfahren überhaupt, so kommt auch in Beziehung auf die Beantragung der Ertheilung solcher Verfügungen vornämlich in Betracht: die Zuständigkeit des Gerichts, z. B. zur Anlegung des Arrests bei einem Dritten [2]). Wenn nun im Laufe eines anhängigen Rechtsstreites eine Verfügung der vorstehenden Art erlassen worden ist, dann erscheint bei dem Zweifel: ob deshalb eine Nichtigkeits-Beschwerde erhoben wer-

---

99) Niedenstein. Kirchenkasten z. S. die Beitreib. des Littebrandt. Recesses betr. [9548] 7/3 1846.

100) Gesetz v. 17. May 1834 §. 8: „In diesem — Falle hat das Gericht zwar der Requisition zu entsprechen, in der erfolgenden Verfügung jedoch zugleich zur Erklärung über die Erbenqualität, unter Androhung des Nachgebens derselben für den Fall des Ausbleibens, einen kurzen Termin anzusetzen. Wird in diesem die gedachte Qualität bestritten, so ist hierüber als Präjudicialpunct vor weiterem Fortgange des Zwangsverfahrens in rechtlicher Weise zu erkennen."

1) Rauch g. Gem. Kilianstädten [9955] 1/9 1846.

2) Herzog v. Ratibor g. Gonnermann [2588] 2/4 1852, in Erw.: „daß, was die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde betrifft, die Zuständigkeit des Obergerichts zu der von ihm geschehenen Arrestanlage mit Unrecht bestritten wird; — da dieselbe nicht sowohl die dem Hrn. Appellanten angeblich gehörenden Mobilien und die rückständigen Revenüen seines Erblassers unmittelbar, als vielmehr den den Hrn. Appellanten in Beziehung auf diese Gegenstände an die O. Finanzkammer, als Arrestdritten, zustehenden persönlichen Anspruch zum Gegenstande hat; — die Zuständigkeit zu einer Arrestanlage bei einem Schuldner des Verklagten aber sich danach richtet, welchem Gerichtsstand dieser Dritte unterworfen ist; — und daß solches hinsichtlich der O.-Finanzkammer bei dem hiesigen Obergerichte der Fall ist, nicht zu bezweifeln steht."

den könne? die Vorfrage entscheidend: ob jene Verfügung in Folge zweiseitiger Verhandlungen und zwar durch ein der Anfechtung überhaupt unterworfenes Erkenntniß, oder ob auf einseitigen Antrag des Klägers solche ergangen ist? In jenem Falle, welcher, der Natur von Verfügungen der in Rede stehenden Art zufolge, der seltenere seyn wird, kommen die im Allgemeinen bereits in Bezug genommenen Grundsätze in Betracht. In diesem dagegen muß man sagen, daß eine solche gleichzeitige Verhandlung neben der auf die Hauptsache sich beziehenden, in verschiedenen Instanzen unzulässig erscheint, dem Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde gegen eine in erster Instanz erlassene, blos provisorische, und der Hauptsache nicht präjudicirende Verfügung daher, über deren rechtliche und thatsächliche Begründung noch bei demselben Gerichte, welches sie ertheilte, verhandelt und entschieden werden soll, Eingang nicht gewährt werden darf [3]).

Kapitel XXV.

Verstöße in der Rechtsmittel-Instanz.

§. 86.

1. In Beziehung auf devolutive Rechtsmittel.

Das Urtheil eines Gerichtes, welches die Zulässigkeit eines Rechtsmittels von einem gesetzlich nicht begründeten Erforder-

3) Als in Folge einer auf Kündigung eines neuen Werks und Schutz im Besitze gerichteten Klage, auf einseitigen Antrag der Kläger und ohne vorgängige Vernehmung der Verklagten Seitens des Untergerichts, nach bewirkter Einnahme des gerichtlichen Augenscheins, den Verklagten das Weiterbauen untersagt, von den letzteren aber hierauf wegen Verletzung wesentlicher Bestandtheile des Processes Nichtigkeits-Beschwerde eingeführt worden war, wurde dieß von einem deutschen O. A. Gerichte für einen Mißbrauch dieses Rechtsmittels um so mehr angesehen, als das Untergericht selbst auf jene Verhandlung, den Umständen und der Lage der Sache nach, in Folge von Anträgen der Verklagten zur Abänderung und selbst Aufhebung der gedachten provisorischen Verfügung berechtigt sey; den Verklagten aber, wenn sie sich durch ein auf dergestalt eingeleitete Verhandlung und darin vorgebrachte Einwendungen erfolgendes Erkenntniß für beschwert erachteten, ihre Beschwerden dagegen durch zulässige Rechtsmittel in den höheren Instanzen geltend zu machen frei stehe, Seufferts Archiv B. VI Nr. 101. Erk. d. O. A. G. zu Wiesbaden v. 20/12 1850.

nisse abhängig macht und wegen Mangels des letzteren das ergriffene Rechtsmittel als unzulässig verwirft, ist, als gegen wesentliche Proceßvorschriften verstoßend, nichtig [4]). Ein Gleiches findet aber auch statt, wenn gegen die Formen, welche für die Geltendmachung des Rechtsmittels rechtlich bestehen, verstoßen worden ist. Das gilt z. B. für die Appellation und Nichtigkeits-Beschwerde, wenn, ungeachtet weder ein appellabeles Object, noch eine Nichtigkeit vorlag, gleichwohl in zweiter Instanz abändernd erkannt wurde [5]); aber auch, wenigstens nach der älteren Praxis, wenn wegen in der Mittel-Instanz angenommener Incompetenz oder wegen nicht gehöriger Proceßlegitimation der Aufgetretenen das Erkenntniß über einen Anspruch abgelehnt war [6]).

Was insonderheit

I. die Appellation betrifft, so ist zwar nicht in der Versäumung der Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift der Erklärung der Fatalien ein Grund zur Annahme der Nichtigkeit gefunden, vielmehr als Folge hier nur angenommen worden, daß die Publication oder Insinuation als nicht geschehen, der Lauf der Fatalien

---

4) Seufferts Archiv B. XII Nr. 219, Erk. des O. Tribunals zu Stuttgart v. 12/2 1858.

5) Rücksichtlich der Appellation vergl.: Pfeiffer, pr. Ausf. Th. VI S. 568, 593; in Betreff der N.-Beschwerde: Hack g. Nußbaum [5162] 23/12 1840, in Erw.: „daß der in v. Instanz mit der N.-Beschwerde angefochtene Amtsbescheid — als eine klare gesetzliche Vorschrift, insbesondere als die des Gesetzes vom — verletzend nicht betrachtet werden konnte, da —; — das O. Gericht mithin den gedachten Bescheid mit Unrecht als nichtig aufgehoben hat und dessen Erkenntniß deshalb als nichtig erscheint, weil dasselbe zu einer, die Grenzen der Nichtigkeits-Beschwerde überschreitenden Beurtheilung der Entscheidung 1. Instanz nicht competent war; — wird auf die — N.-Beschwerde, mit Aufhebung des Bescheids des O. Gerichts — erkannt: daß die von dem Querulaten bei dem O. Gerichte eingebrachte N.-Beschwerde als ungegründet zurückzuweisen sey." Ueber das Nähere des Falles vergl.: des Verf.'s N. Samml. Th. II S. 92.

6) Es wurde das in der späteren Zeit dahin modificirt, daß man dergleichen Fälle unter den Gesichtspunkt der Beschwerde wegen Justizverweigerung stellte und danach beurtheilte, vergl.: Münscher in der Zeitschr. für Recht ꝛc. in Kurhess. H. II S. 41, 42.

sonach als gar nicht begonnen zu erachten sey [7]); und eben sowenig ist, wiewohl für die Appellation in Beziehung auf Nebenpuncte oder Entscheidungen in der Executions-Instanz die Bestimmung gilt, daß darauf ohne vorgängiges Gehör des Appellaten entschieden werden müsse [8]), in der gleichwohl geschehenen Anordnung einer Vernehmlassung des letzteren so wenig eine Verletzung, als eine Nichtigkeit des Verfahrens zu erkennen [9]). Das nahm man auch an rücksichtlich der Entscheidung über den Umfang der Rechtswohlthat der neuen Ausführung in der Appellations-Instanz, da sie als Gegenstand der richterlichen Beurtheilung sich darstellt [10]).

Dahingegen hat, wenn eine Appellation statthafter Weise angezeigt worden, deshalb, weil als Folge davon die Anerkennung des angefochtenen Bescheids ausgeschlossen ist, die Suspension der Gerichtsbarkeit des Gerichts v. Instanz in Beziehung auf den Fortgang des Streits aber eintritt, — die vor Erledigung des Rechtsmittels bei ihm stattfindende Fortsetzung des Verfahrens dessen Nichtigkeit zur Folge [11]). Umgekehrt dagegen unterliegt ihr auch das Erkenntniß des Appellations-Richters, welcher, ungeachtet auf die Appellation verzichtet worden ist, gleichwohl auf solche erkennt [12]). — Der Appellations-Richter hat sodann bei einer Mehrheit von Streitgenossen nur in Beziehung auf denjenigen derselben zu urtheilen, welcher appellirt hat und ein

7) Des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 167, 168.

8) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 40.

9) Trepp g. Epstein [150] 18/12 1847. Es wurde nur dem Obergericht durch Official-Rescript bemerklich gemacht, daß jene Mittheilung hätte unterbleiben sollen. In Expropriations-Sachen wird der in der v. Note alleg. §. 40 gleichfalls für anwendbar erachtet; so beim O. Gericht zu Cassel in S. Keppler betr. O. G. Decr. v. 25/7 1861.

10) Henel g. Beese, O. A. G. D. v. 20/2 1822.

11) Arnd g. Heurich [7631] 23/4 1842. Sie wurde z. B. angenommen, als der Richter im Laufe der Anzeigefrist Termin zur Ableistung des durch die angefochtene Entscheidung auferlegten Haupteids angesetzt hatte, Damm z. S. v. Hesberg g. D. [6262] 17/4 1839. Vergl.: des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 172.

12) Eben das. a. a. O. S. 268.

Erkenntniß auch in Beziehung auf denjenigen, welcher dieß unterlassen hat, stellt sich daher als nichtig dar [13]).

Von Wichtigkeit ist insonderheit noch die Frage: ob durch die von dem oberen über die Richtigkeit erkennenden Richter erfolgte reformatio in pejus eine Nichtigkeit begangen werde? Indem rücksichtlich der von einer solchen Abänderung überhaupt in Hessen geltenden Grundsätze auf eine frühere Ausführung sich bezogen wird [14]), ist hier nur zu bemerken, daß alsdann jene Frage zu bejahen ist, wenn eine solche Entscheidung den eigenen Anträgen der Parteien zuwider lauft [15]). Der Grundsatz des älteren Proceßrechts, daß, um zum Nachtheile des Appellanten eine Abänderung zu erkennen, regelmäßig ein Antrag des Appellaten erfordert werde, ist an sich nicht aufgehoben, jedoch durch die gesetzliche Vorschrift [16]) neuerdings näher bestimmt worden, daß namentlich Beweis-Interlocute für den höheren Richter keine verbindliche Kraft haben; indem nur unter der Voraussetzung, daß jenes von beiden Theilen als Grundlage des Rechtsstreits anerkannt wurde, der obere Richter der Cognition über dessen Rechtmäßigkeit sich zu enthalten hat, da es ihm, wegen des hier allein entscheidenden Willens der Parteien, an einer Veranlassung dazu fehlen würde. Wenn also eine Partei beim höheren Richter das Erkenntniß in Beziehung auf die Begründung der Klage, durch Anfechtung des Beweis-Interlocuts ꝛc., angreift, jenen also damit zur freien Beurtheilung in den Stand setzt, schließt sie damit die Annahme einer Anerkennung der Vorbescheide aus. Eine solche, im gehörigen Umfange erfolgte, Beschwerde-Ausführung des Appellanten kann dann zu demselben Resultate führen, als die Geltendmachung von Adhäsivbeschwerden der Appellaten, wenn sie in gleicher Ausdehnung vorgebracht wurden. Hat dagegen der Appellant in Folge des appellabeln Erkenntnisses die früheren Bescheide des Unterrichters nicht in demjenigen Umfang und nicht in der Richtung angefochten, durch welche der Appellat sich für be-

---

13) Stuckhard g. Sauer [4090] 9/10 1838.
14) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 270 fg.; 207; 318.
15) Laforge g. L., O. A. G. D. v. 29/4 1820.
16) Gesetz v. 16. Sept. 1834 §. 35.

schwert erachtet, so erfordert nun die etwa für gerechtfertigt erkannte reformatio in pejus die Adhäsion Seitens des Appellaten in dem Maaße, in welchem er jene wünscht; widrigenfalls der Appellations-Richter zu solcher Abänderung nicht befugt ist [17]. Bei dieser Beschränkung der Nothwendigkeit einer Adhäsiv-Beschwerde für die Zulässigkeit einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung in pejus erhellt, daß durch die Ertheilung der letzteren an sich keineswegs eine Richtigkeit begangen wird, dem richterlichen Ermessen bei Prüfung der Richtung der Anfechtung des unterrichterlichen Erkenntnisses demnach ein entsprechender Spielraum gelassen ist [18].

II. In Beziehung auf die Richtigkeits-Beschwerde ist, wie bereits früher (S. 165, 172) angedeutet worden, die Giltigkeit des Ausspruchs des oberen Richters (der Mittel-Instanz) davon abhängig, daß derselbe von seinem Standpuncte aus die Richtigkeit des unterrichterlichen Ausspruchs mit Recht angenommen hat. Nur alsdann aber kann eine solche Beschwerde durch den Grund, „es beruhe die Entscheidung auf richterlichem Ermessen“, beseitigt werden, wenn die Beschwerde

17) Des Verf.'s R. Samml. a. a. O. S. 270—272.

18) Als daher in einem Falle, wo gegen die ausdrücklich dem Richter ertheilte Befugniß zu reformiren, auch ohne sich streng an den Inhalt der Adhäsivbeschwerde zu halten, z. B. eine Einrede des Appellanten zu verwerfen, wenn derselbe die Klagbegründung angegriffen hatte, die Befugniß des obern Richters in pejus abzuändern bestritten war, wurde die darauf, daß also erkannt worden sey, gegründete Richtigkeits-Beschwerde verworfen, Trußheim g. Bezin [8539] 24/2 1844, und in einem andern Falle erkannt, in Erw.: „daß das O. Gericht durch die eigene Beschwerde des Querulanten über die in 1. Instanz erfolgte Beweisregulirung auf die Beurtheilung, ob die Beweisauflage den vorausgegangenen Verhandlungen entsprechend sey, hingeführt wurde, — und dessen Befugniß, im Falle der Annahme des Gegentheils, an die Stelle der aufzuhebenden Beweisauflage das seiner Ansicht nach richtige anderweite Erkenntniß zu setzen, nicht dadurch für beschränkt zu halten ist, daß letzteres nicht zum Nachtheile des bei ihm als Appellanten aufgetretenen Streittheils gereichen dürfe; — hiernach also die auf die Unzuständigkeit des O. Gerichts zu einer dem Appellanten nachtheiligen Abänderung des U. G. Bescheids gestützte Richtigkeits-Beschwerde unbegründet ist, — ohne daß es darauf ankommt, daß das O. Gericht dazu auch durch die, nicht für unstatthaft zu haltende, Adhäsivbeschwerde des Appellaten noch eine besondere Aufforderung erhalten hatte“, Steube g. Henschel [5754] 21/7 1860.

wegen eines Verstoßes gegen klares Recht erhoben worden ist, wenn es sich von der Unterordnung der Thatsache unter einen Rechtssatz handelt. Nicht von jedem Verstoß wider einen solchen an sich läßt sich aber dieß sagen; handelt es sich also z. B. vom Mangel eines processualischen Erfordernisses, so ist alsdann die Bezugnahme auf das richterliche Ermessen nicht geeignet, die dadurch begangene Nichtigkeit auszuschließen [19]).

III. In Ansehung der Justizverweigerungs-Beschwerde kommen zunächst die rechtliche Bedeutung (d. h. die Fälle der Statthaftigkeit), sodann ihr Verhältniß zur Nichtigkeits-Beschwerde und endlich ihr Erfolg in Betracht.

1. Die Statthaftigkeit dieses Rechtsmittels bestimmt sich negativ dahin, daß in einem Erkenntniß, das sich über die rechtlichen und processualischen Verhältnisse der Parteien zu einander wirklich in einer der Rechtskraft fähigen Weise ausgesprochen hat, eine Versagung der Rechtshilfe nicht gefunden werden kann. Positiv aber dahin, daß sie nur zulässig ist gegen Entscheidungen, durch welche das Erkenntniß über einen Anspruch aus formellen Gründen unrichtiger Weise abgelehnt wird, der Fall also vorliegt, wo die Parteien nach der Art und Weise, wie die Entscheidung ausgesetzt wird, außer Stand sich befinden, die letztere herbeizuführen, indem hier nicht über ein Rechtsverhältniß entschieden, sondern die richterliche Amtspflicht verletzt wird. Zu jenen Gründen werden gerechnet die Fälle:

a. wo über die Competenz-Frage, sowohl rücksichtlich der Appellation, als der Nichtigkeits-Beschwerde, hinausgegangen ist [20]);

---

19) Berth g. Limpert [3233] 1836; Stern g. St. [9250] 7/2 1844. In diesem letzteren Falle hatte eine Partei gegen das eine Nichtigkeitsbeschwerde beseitigende Motiv, „es beruhe die Entscheidung auf richterlicher Reflexion", eingewendet, daß dieser Grund bei jeder Nichtbeachtung eines Gesetzes sich anführen lasse. Dieß wurde aber für unrichtig erklärt, weil, wenn wider einen Rechtssatz verstoßen worden, nicht dann schon, sondern in dem Falle erst von einer richterlichen Beurtheilung die Rede sey, wenn es um die Unterordnung der Thatsache unter einen Rechtssatz sich handle.

20) In der ersteren Hinsicht wenn die Appellation als nicht erwachsen angenommen ist; in der letzteren: Eurich g. Wertheim [612] 13/10 1846; Gem.

b. wenn die Zulassung eines Rechtsmittels wegen Mangels der Proceßlegitimation oder

c. wegen Mängel in der äußern Form der Proceßschriften, — abgelehnt wurde.

2. Die auf den unter a. gedachten Grund sich beziehenden Nichtigkeits- und Justizverweigerungs-Beschwerden kommen nun insofern überein, als durch beide eine Abhilfe gegen die vom Richter v. Instanz, durch unrichtige Anwendung der Regeln über seine Zuständigkeit, zugefügte Verletzung eines processualischen Rechtes begehrt wird. Denn auch die Nichtigkeits-Beschwerde gegen eine incompetent in der Appellations-Instanz ertheilte Entscheidung ist zunächst gegen die Incompetenz derselben gerichtet, woraus dann die Aufhebung der Sentenz in der Sache von selbst folgt. Die Beschwerde über Justizverweigerung und die Nichtigkeits-Beschwerde wegen Incompetenz sind folgeweise auch in sofern einander ähnlich, als dieselben Gründe, welche im vorkommenden Falle die letztere ausschließen, zugleich geeignet erscheinen, die erstere zu beseitigen, und als bei beiden zur Begründung neue Ausführungen nicht zugelassen werden [21]. Ihre Verschiedenheit von einander zeigt sich in der rechtlichen Bedeutung und dem Erfolge beider Rechtsmittel. Bei der Beschwerde über Justizverweigerung wird eine die weitere Geltendmachung des Anspruchs ablehnende richterliche Verfügung, wenn nur durch diese jene gehindert wurde, vorausgesetzt; bei der Nichtigkeits-Beschwerde dagegen zwar über das Rechtsverhältniß entschieden, aber nichtiger Weise. Der Zweck und Erfolg bestimmt sich hiernach dahin: daß die reformatorische

Preungesheim g. Solms R. [4059] 15/2 1837; in der einen wie in der andern: wenn ein Rechtsmittel als bei dem unzuständigen Gericht angebracht zurückgewiesen, vom Obergericht über einen Klaganspruch zum Theil erkannt, im Uebrigen aber solcher an das Untergericht verwiesen, die Appellation oder N.-Beschwerde namentlich wegen Inappellabilität oder auf den Grund der Anerkennung des angefochtenen Urtheils, als unstatthaft zurückgewiesen, das Armenrecht aus nicht in die Hauptsache eingehenden Gründen verweigert, oder aus sonstigen formellen Motiven die Entscheidung über eine aufgestellte Beschwerde abgelehnt ist. Vergl. über das Nähere und die einschlagenden praktischen Belege: des Verf.'s R. Samml. a. a. O. S. 319—322.

21) Des Verf.'s R. Samml. a. a. O. S. 323 Note 3.

Entscheidung in jenem Falle dahin geht: daß die erhobene Klage, Beschwerde, z. B. nicht wegen Incompetenz, mangelnder Legitimation zum Proceß rc.[22]), zurückzuweisen, vielmehr auf die Berufung rc. in der Sache selbst zu erkennen sey; wohingegen in diesem, unter Annullirung der ungiltigen Entscheidung, die richtige an deren Stelle gesetzt wird.

Wenn nun hiernach die Frage entsteht: ob durch das Erkenntniß auf eine in der Mittel-Instanz angebrachte Justizverweigerungs-Beschwerde eine Nichtigkeit begangen sey? so wird dieß regelmäßig nur auf den Fall, wo jener Beschwerde nicht abgeholfen, vielmehr dieselbe als unbegründet zurückgewiesen worden ist, sich beziehen. Hier behält dann aber die an die dritte Instanz fortgesetzte Beschwerde den Charakter, der in der vorigen sie bezeichnete, bei[23]), von einer N.-Beschwerde kann demnach nicht die Rede seyn.

§. 87.

2. In Beziehung auf die Restitutions-Instanz.

Wiewohl die Restitution als eine Gnadensache sich darstellt, so ist doch der Richter bei der Prüfung der Frage, ob sie zu ertheilen, oder zu versagen sey, an mehr oder minder bestimmte Vorschriften und Grundsätze gebunden, wodurch nach Form oder Materie die Entscheidung sich zu bestimmen hat. Die Fälle, in denen es in der einen oder andern Hinsicht mangelt, veranlassen aber die Zweifel, ob dadurch eine Nichtigkeit begangen worden sey. Da nun Erkenntnisse, wodurch namentlich die Restitution ertheilt wird, nach den für jene überhaupt geltenden Grundsätzen zu prüfen sind[24]), so war es nach römischem und canonischem Rechte unbedenklich, solche wegen Nichtigkeit auf den Grund sowohl wesentlicher Mängel des Verfahrens, in der Person des Richters und der Parteien, als

---

22) Eben das. S. 326 Note 1, woselbst einzelne Beispiele angeführt sind.
23) Schütte g. Euler [1130] O. A. G. D. v. 1835.
24) So kann wider dergleichen Urtheile appellirt werden, l. 38 pr., l. 39 pr. D. de minor. (4. 4); l. 1 C. si adv. cred. (2. 38).

auch wegen Verletzung klarer Gesetze [25]) anzufechten; und es wurde, was namentlich diesen letzteren Grund betrifft, früher (S. 338) bereits die Frage: was unter „rechtskräftigen" Erkenntnissen, wider welche unter Umständen das Rechtsmittel der Restitution unzulässig seyn soll, zu verstehen sey, lediglich vom Standpuncte der Gesetzwidrigkeit aus entschieden. In Ansehung der auf den Grund wesentlicher Mängel aus der Person des Richters, der Parteien und des Verfahrens gesetzte Nichtigkeit ist hier noch zu erwähnen:

1. der Fall der Incompetenz des Richters, rücksichtlich der Befugniß zur Entscheidung über ein Restitutions-Gesuch, unter der Voraussetzung, daß nicht eine Prorogation der Jurisdiction vorliege; also namentlich der Fall der objectiven Unzuständigkeit; da nur bei dem Gericht regelmäßig das Rest.-Gesuch angebracht werden kann, bei welchem der zu beseitigende Rechtsnachtheil wirksam wird [26]);

2. der Fall, wenn der Implorat über das Rest.-Gesuch gar nicht gehört worden ist [27]).

---

25) z. B. wenn die R. zugelassen wäre, wo sie, wie gegen die Eltern des Imploranten, untersagt ist.

26) Ueber die Competenz zur Rest.-Ertheilung sind für Hessen zu erwähnen: Hanau. Hofger.-Ordn. v. 17. Jan. 1747 Tit. 11 §. 278; Fuld. Verordn. v. 19. Nov. 1804 §. 129; Gesetz v. 2. Juli 1843 §. 8; Zeitschr. für R. u. Ges. H. I S. 133—136; des Verf.'s R. Samml. v. O. A. G. Entsch. Th. IV Abth. 2 S. 353 fg.; v. Hundelshausen g. Pütter [4584] 16/5 1838. Nachdem das O. A. Gericht, unter Verurtheilung des Verklagten, eine Einrede verworfen, das Obergericht aber darauf über dessen Rest.-Gesuch, wodurch dieser Einrede Eingang zu verschaffen gesucht wurde, sonach objectiv unzuständig, erkannt hatte, fand das O. A. Gericht in diesem Urtheil einen Verstoß wider einen wesentlichen Bestandtheil des Verfahrens (die Zuständigkeit) und nahm an, daß durch den Mangel einer deshalbigen Rüge des Gegners die Nichtigkeit nicht zu beseitigen stehe, Gem. Praunheim g. Solms-Rödelheim [4059] 15/2 1837.

27) l. 29 §. 2 D. de minor. (4. 4). Hier ist freilich nur bestimmt, daß die gegen die Antretung einer Erbschaft ertheilte Restitution den Gläubigern nicht schade, wenn sie nicht darüber gehört wären. Sind aber alle Gläubiger nicht gehört worden, so wird damit die Restitution hinfällig, weil der Restituirte kein Interesse dabei haben kann, alle Schulden zu bezahlen, er auch nicht genöthigt werden darf, einer ihm nutzlosen Restitution sich zu bedienen. Noch mehr würde sich die Nichtigkeit von selbst verstehen, wenn der einzige Gegner bei der Restitution nicht gehört worden wäre.

Im Uebrigen wird man sagen müssen, daß die Beurtheilung eines Restitutions-Gesuchs nicht leicht eine gegründete Veranlassung zur Annahme einer dadurch begangenen Nichtigkeit darbieten kann. Denn wenn auch gegen die Versagung der Restitutions-Ertheilung, außer der Remonstration, die gewöhnlichen impugnirenden Rechtsmittel stattfinden [28]), so kann doch eine Nichtigkeits-Beschwerde gegen eine solche Verfügung nicht gerechtfertigt erscheinen, da, wenn auch ein Rest.-Gesuch im Allgemeinen auf einen an sich zulässigen Grund gestützt ist, doch die Beurtheilung der factischen Motivirung dem richterlichen Ermessen anheim fällt. Sieht man auf die Praxis, namentlich in Hessen, mit Rücksicht auf die verschiedenen Voraussetzungen eines Restitutions-Gesuchs, so ist auch hier von dem Grundsatz, daß durch Verweigerung resp. Gestattung der Restitution eine Nichtigkeit nicht begangen werde, ausgegangen und die deshalbige Beschwerde also namentlich in Beziehung auf Entscheidung der Fragen für unbegründet erklärt worden:

1. ob ein Restitutions-Gesuch erheblich und dessen gehörige Begründung dargelegt sey? [29]) ob in der Bitte um Restitution wider ein Contumacial-Erkenntniß auch die um Restitution gegen die versäumte Handlung liege? [30]) ob in gerechtfertigter Weise ein Restitutions-Gesuch zurückgewiesen sey? [31])

2. ob eine Verletzung vorliege? [32]) namentlich, wie erforderlich, als bedeutend zu betrachten? [33])

3. ob der Restitutionsgrund vorhanden, und eine geeignete Entschuldigung für die Partei abzugeben geeignet [34]); in-

---

28) l. 1 C. si saepius in int. rest. pet. (2. 44); c. 10 X. de in int. rest. (1. 41). Gensler im Archiv f. civ. Pr. Th. 4 S. 125.

29) v. Berlepsch g. Lindemann, O.A.G.D.v.1818; v. Gilsa g. Rodemund 17/8 1824; Müller g. Scheibel [3311] 1836; Füllgraf g. Jacob [6583] 27/7 1839; Fisc. Pr. g. Gernhard [796] 16/3 1847.

30) Raabe g. R. [6439] 3/10 1840.

31) Zeitschr. für Recht ꝛc. in Kurhessen H. 1 S. 206; Sprenger g. Israel [5079] 15/9 1838; Plaut g. Groß [6421] 27/5 1839.

32) Zeitschr. a. a. O. S. 203; des Verf.'s N. Samml. Th. IV Abth. 2 S. 407—409; Lohner Kirchenkasten g. Kaiser 30/3 1832.

33) Des Verf.'s N. Samml. a. a. O. S. 357 Note 4.

34) Schnell g. Ritzel [4172] 30/12 1836; Briel g. Fisc. Pr. [72] 1832;

sonderheit die Partei selbst bei der Versäumung schuldlos, z. B. ihre Unkenntniß von der den Gegenstand der letzteren bildenden processualischen Handlung außer Zweifel? [35]) der Restitutionsgrund auch in genügender Weise bescheinigt [36]), zum Restitutionseid z. B. nicht blos Seitens der Partei, sondern auch von deren Anwalt sich zu erbieten sey? [37])

Weitenbörner g. Huber [4396] 17/3 1838; Plaut g. Groß [6421] 27/5 1839; Brill z. S. Krug g. B. [8665] 15/3 1843; Fenner g. F. [9476] 22/6 1844; Meyer g. Wiegand [9177] 26/3 1845; Wienecke g. Reese [361] 31/3 1846.

35) Raabe g. R. [6439] 3/10 1840.

36) Raabe g. R. [6439] 3/10 1840.

37) Nach den Gem. Bescheiden des R. K. Gerichts v. 1669 und 1671 und der hessischen O. A. G. Ordn. v. 1746 Tit. VII §. 2 wurde davon ausgegangen: es liege die Leistung jenes Eides der Partei und ihrem Advocaten unter der Voraussetzung ob, daß der letztere jener zur Zeit dieser Handlung noch bedient gewesen sey. Indessen bleibt es doch im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen überlassen, zu prüfen, ob der Eid von Beiden ausgeschworen werden müsse. Danach wurde der Eid des Advocaten für unnöthig erachtet, wenn das Verfahren bereits instruct vorlag und das Rest.-Gesuch darauf gegründet war, daß der Anwalt ein Versehen begangen, z. B. eine Frist versäumt habe, indem er hier sein eigenes Versehen beschwören würde, weshalb man denn auch annahm, daß durch den Ausspruch des Gerichts, es müsse zur Begründung eines Rest.-Gesuchs gegen eine rechtskräftige Entscheidung sowohl die Partei, als der Anwalt zum Rest.-Eide sich erbieten, eine klare gesetzliche Vorschrift nicht verletzt werde. Vergl.: des Verf.'s N. Samml. IV 2. 393; Stern g. Reith [9357] 14/12 1844.

Sachregister.

(Die Nummern beziehen sich auf die Seitenzahlen; die auch das materielle Recht betreffenden Schlagwörter selbst aber auf Fragen, welche unter dem Gesichtspuncte der Nichtigkeits-Beschwerde erörtert worden sind.)

Druckfehler und Berichtigungen.

Seite 2, Zeile 19 von oben l. eadem st. eodem.
— 81, — 15 — deprehendatur st. d—ar.
— 105, — 9 — naturalis st. n—li.
— 128, — 30 — verhindere st. v—dern.
— 197, Not. 10 u. 11 l. XXIV st. XXIII.
— 215, — 88, — S. 216 Not. 95 a, — S. 242 Not. 96, l. XXIII st. XXII.
— 258, Z. 5 sind die Worte „daß die" zu streichen.
— 261, Not. 63, u. S. 269 Not. 90 l. XX st. XIX.
— 277, letzte Zeile l. XXIII st. XXII.
— 278, Not. 29 l. XXII st. XXI.
— 310, Z. 13 ist „nicht" zu streichen.
— 312, — 19 l. „gerügt" st. „genügt."
— 395, l. §. 75a st. §. 75.